



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

민법 제407조(채권자취소권에서의
채권자평등주의)에 대한 연구
- 적용과 그 한계를 중심으로 -

2019년 8월

서울대학교 대학원

법학과 민법전공

이 해 찬

민법 제407조(채권자취소권에서의 채권자평등주의)에 대한 연구

- 적용과 그 한계를 중심으로 -

지도교수 남 효 순

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2019년 8월

서울대학교 대학원

법학과 민법전공

이 해 찬

이해찬의 석사 학위논문을 인준함

2019년 8월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

채권자취소권은 무자력의 채무자가 행한 사해행위를 취소하여 채무자에게 일출재산을 원상회복시키는 권리이다. 본 권리의 효력으로는 판례에 의해 인정되는 상대적효력설과 민법 제407조에 명문으로 규정된 ‘채권자평등주의’가 있다. 상대적효력설은 취소의 효력이 소송당사자, 즉 취소채권자와 수익자 사이에만 국한하여 발생한다고 보는 효력상 원칙인바, 취소채권자에게 우선권을 인정하여 취소효력을 구태여 제3자에게 확장시킬 필요가 없는 서구 채권자취소권 제도 하에서 통용되던 이론이었다. 하지만, 우리는 이와 같은 ‘상대적효력설’을 받아들이면서도 취소채권자가 우선권을 가질 수 없다는 ‘채권자평등주의’를 명문으로 규정하고 있어 양 효력상 원칙의 관계를 고찰해볼 필요가 있다. 아울러, 양 원칙이 조화될 수 있다는 전제하에, 채권자평등주의의 실질적 의미, 적용범위 및 그 한계가 문제된다.

본 논문의 핵심적인 주제인 ‘채권자취소권에서 채권자평등주의의 적용범위 및 한계’와 관련된 문제를 논하기 위해서는 우선 ‘부인권’에 대한 논의가 선행되어야 한다. 실정법상 인정되는 책임재산 보전제도로는 민법에 규정된 채권자취소권과 ‘채무자 회생 및 파산에 관한 법률’에 규정된 부인권이 있다. 먼저, 부인권은 회생 및 파산절차 내에서 관리인 또는 파산관재인에 의해 행사되는 권리로 이해관계인의 공평한 처우를 중점으로 하기 때문에 본 권에서 채권자평등주의는 철저히 관철된다. 그렇다면 채권자취소권에서 채권자평등주의는 어느 정도로 관철되어야 하는지에 대한 의문이 본 논문의 출발점이다. 결론적으로, 채권자취소권과 부인권은 명백히 다른 제도이기 때문에 채권자취소권에서 본 원칙의 적용상 한계는 분명히 존재한다. 부인권은 도산절차를 전제로 공동담보의 확보라는 목적뿐만 아니라 그것의 공평한 배분을 본질적인 목적으로 하는 권리지만, 채권자취소권은 도산절차를 전제로 하지 않고 취소채권자 개인에 의해 행사되는 권리라는 점에서 양 권리는 차이가 있다. 즉, 채권자취소권은 채무자의 재산처분의 자유를 제한하는 예외적인 권리로써, 민법 제407조에 의해 ‘채권자평등주의’가 명문으로 보장되어 있다 하더라도 도산

절차가 개시되지도 않은 상황에서 위와 같은 채무자의 자유를 무한정 제한할 수는 없는 것이다. 결국, 부인권과 채권자취소권이 ‘공동담보의 확보’라는 동일한 목적을 가지고 있고 민법 제407조가 명문으로 보장되어 있기 때문에 부인권에서처럼 채권자취소권을 운영함에 있어서도 채권자평등주의가 관철되어야 하지만, 위와 같은 양 제도의 본질적인 차이에 기인하여 채권자취소권에 있어서는 그 적용상 한계가 분명히 존재한다고 할 수 있다. 본 논문에서는, 채권자취소권을 운용함에 있어 채권자평등주의의 적용과 그 한계를 ‘채권자취소권의 일반적 효력범위’와 ‘채권자평등주의가 침해되는 구체적 사안’을 검토해봄으로써 살펴보았다.

먼저, 채권자취소권의 일반적 효력범위를 ‘취소효력을 받는 인적범위’와 ‘취소범위’로 나누어 논의를 진행하였다. 민법 제407조는 “취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다.”라고 하여 취소효력을 받는 인적범위를 ‘모든 채권자’로 포괄하여 명시하고 있다. 하지만, 채권자취소권에서는 부인권에서만 채권자평등주의가 철저히 적용될 수는 없기 때문에 실제 채무자에게 채권을 가지고 있는 ‘모든’ 채권자가 취소효력을 받아 일출재산에 대한 강제집행에 참여할 수는 없을 것이다. 구체적으로 본 논문에서는, 채무자에게 채권을 가지고 있는 채권자를 사해행위 이전 채권자, 사해행위 이후 채권자, 수익자 겸 채권자, 채권자가 아닌 수익자로 나누어 각각 취소효력을 받아 일출재산에 대한 강제집행에 참여할 수 있는지 살펴보았다. 결론적으로, 사해행위 ‘이후’ 채권자는 사해행위 당시 채무자에 대해 채권을 가지고 있지 않았기 때문에 채무자의 법률행위로 손해를 보았다 할 수 없고, 이와 같은 채권자도 이후 진행되는 강제집행 절차에 참여하여 배당요구를 할 수 있다고 하여 취소범위를 확대하면 수익자의 이익을 지나치게 침해할 수 있기 때문에 취소효력을 받는 채권자에서 제외되어야 한다고 보았다. 아울러, 채권자가 아닌 수익자는 반환금액을 제외한 책임재산을 여전히 보유할 수 있고 상대적 효력설에 따라 강제집행 이후의 잉여금을 보유할 수 있기 때문에 반환재산에 대한 강제집행에 참여할 수 없다고 보더라도 수익자의 보호 측면에서 큰 무리가 아니라고 보았다. 요컨대, 취소효력을 받는 인적범위와 관련하여 채권자평등주의의 한계는 이와 같이 사해행위 ‘이후’ 채권자와 채권자가 아닌 수익자의 배제에 있다.

아울러, 취소범위와 관련하여, 판례는 취소채권자의 채권액으로 취소범위를 한정하고 예외적인 경우에 한해 취소채권자의 채권액을 초과하여 취소할 수 있다는 입장이다. 하지만, 채권자취소권에 있어서 채권자평등주의는 원칙적으로 적용되어야 하기 때문에 다른 채권자의 존재가 입증되는 이상 이들이 추후 강제집행 절차에서 배당요구 할 것을 전제로 취소채권자는 원칙적으로 자신의 채권액을 초과하여 취소할 수 있다고 보아야 할 것이다. 하지만, ‘취소범위’와 관련해서도 채권자평등주의가 무제한적으로 적용될 수는 없는데, 앞서 인적범위를 산정할 시 사해행위 이후 채권자와 ‘채권자가 아닌 수익자’를 배제한 것과 같이 취소범위를 산정할 시에도 이와 같은 채권자들의 채권액은 배제하여야 할 것이다. 아울러, 채권자취소권 행사 자체의 한계에 의해 취소범위가 제한될 수 있는데 취소목적이 달성되는 한도 내에서, 즉 채무자가 무자력을 벗어나는 한도 내로 취소범위는 제한되어야 할 것이다. 또한, 취소범위는 사해행위 당시 채무자에 대해 채권을 가지고 있던 채권자들이 공동담보로 파악하였던 재산의 범위 내에서 산정되어야 할 것이다.

다음으로, 채권자평등주의를 침해하는 구체적 사안을 ‘편파행위’와 ‘가액반환에 다른 취소채권자의 사실상 우선변제권 인정’으로 구분하여 살펴 보았다. 우선, ‘편파행위’와 관련하여, 부인권 제도에서는 본지변제인지, 비본지변제인지 구분없이 편파행위에 해당하면 부인할 수 있다고 하여 채권자평등주의가 철저히 관철된다. 채권자취소권과 부인권은 정합성을 높이는 방향으로 규율되고 운영되어야 하기 때문에, 채권자취소권에서 편파행위의 취급과 관련해서도 채권자평등주의가 원칙적으로 관철되어야 한다. 따라서, 편파행위는 원칙적으로 취소되어야 할 것이다. 하지만, 양권리는 도산절차를 전제로 하는지 여부에 따라 근본적인 차이가 존재하기 때문에, 채권자취소권 행사에 있어서는 부인권에서만 채권자평등주의가 철저히 관철될 수는 없다. 그렇기에, 편파행위 취급에 있어서도 양권리는 차이가 존재하여야 할 것이고, 이는 ‘본지변제’에 대한 취급의 차이로 나타난다고 보았다.

다음으로, 우리 판례는 원상회복으로 가액반환이 이루어지는 경우 실정법상 분배절차의 미비로 불가피하게 상계설을 취하여 취소채권자에게 우선적인 만족권을 부여하고 있는데, 이는 명문으로 보장된 채권자평등주

의에 정면으로 배치된다는 점에서 문제가 있다. 아울러, 원물반환과 가액반환은 원상회복의 한 방식에 불과할 뿐 양 자를 구별하여 취급할 이유는 없다. 가액반환은 우연적인 사정에 의하여 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우 인정되는 원상회복의 한 방식일 뿐이기에, 가액반환이 이루어지게 된 것에 아무런 관여를 하지 않은 일반채권자들의 이익이 침해될 수는 없다. 하지만, 가액반환과 관련한 분배절차가 규정되어 있지 않은 현실에서는 상계설을 취하여 취소채권자의 우선변제권을 인정할 수밖에 없는 것으로 보인다. 분배절차가 마련되지 않은 상황에서 개별 채권자들의 분배청구권 등을 인정하게 되면 이를 둘러싸고 큰 혼란이 초래될 것이기 때문이다. 그렇기에, 궁극적인 해결책은 가액반환과 관련한 분배절차를 실정법에 규정함으로써 일반채권자의 배당요구를 인정하여 원물반환과 같이 채권자평등주의가 보장되는 방향으로 운영하는 것이라고 보았다. 아울러, 현행 판례는 가액반환이 이루어지는 경우 취소범위를 취소채권자의 채권액으로 제한하고 있는바, 가액반환의 경우에도 분배절차가 마련되어 일반채권자의 참여가 보장된다면 취소범위도 취소채권자의 채권액을 초과하여 산정되어야 할 것이다. 또한, 가액반환과 관련한 절차가 마련되어 채권자평등주의가 관철되는 방향으로 개선되더라도 원물반환에 적용되는 채권자평등주의의 적용상 한계, 즉 앞서의 채권자취소권의 일반적 효력범위, 편파행위의 취급 등에 따른 한계는 그대로 적용되어야 할 것이다.

결론적으로, 민법 제407조에 의해 채권자평등주의가 명시적으로 보장되어 있고 채권자취소권과 부인권의 정합성을 최대한 높여야 하기 때문에 채권자취소권에 있어서도 채권자평등주의가 최대한 관철되어야 한다. 하지만, 앞서의 두 권리는 명백히 다른 권리이기 때문에 완전히 동일하게 취급될 수는 없다. 그렇기에, 채권자취소권에서 채권자평등주의가 적용된다고 하더라도 부인권에서만끔 철저하게 관철될 수는 없는 것이다. 본 논문에서는, 위와 같이, 채권자취소권의 일반적 효력범위와 채권자평등주의가 침해되는 사안을 통해 채권자취소권에서 채권자평등주의의 적용과 그 한계에 관해 고찰해 보았다.

주요어 : 채권자취소권, 채권자평등주의, 상대적효력설, 원상회복, 가

액반환, 편과행위

학 번 : 2017 - 22331

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 문제의 제기	1
제 2 절 연구의 목적과 범위	2
제 2 장 채권자취소권 일반론	4
제 1 절 의의 및 목적	4
제 2 절 다른 제도와의 비교	6
I. 채권자대위권	6
II. 부인권	8
제 3 절 채권자취소권의 효력	10
I. 서설	11
II. 판례상 인정되는 상대적효력설	11
III. 명문으로 규정되어 보장되는 채권자평등주의	13
제 4 절 서구 법제와의 비교	13
I. 서설	13
II. 독일	14
III. 프랑스	16
제 5 절 채권자취소권 행사에 따른 원상회복	18
I. 원상회복의 의미	18
II. 원상회복의 원칙	19
제 3 장 채권자평등주의의 의미 및 해석론	23
제 1 절 민법 제407조의 의미	23
제 2 절 채권자평등주의 전제에 대한 논의 - 수익자 및 전득자의 악의 입증 책임	24

I. 서설	24
II. 학설 및 판례	25
III. 민법개정안 및 검토	26
제 3 절 채권자평등주의와 상대적효력설의 관계	30
제 4 절 민법 제407조 해석론 - 상대적효력설과의 관계를 중심으로	31
I. 서설	31
II. 학설	32
III. 검토	35
제 5 절 채권자평등주의와 상대적효력설이 문제된 구체적 판례사안 검토	38
I. 대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다217980 판결 - 채무자에게 원상회복된 재산을 처분하였을 시 법률관계	38
II. 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다49532 판결 - 취소채권 자와 수익자의 고유채권자 간 우열관계	42
제 4 장 채권자평등주의 관점에서 본 채권자취소권의 일반적 효력범위	48
제 1 절 서설	48
제 2 절 취소효력을 받는 ‘모든 채권자’의 범위	48
I. 문제제기	49
II. 원물반환	49
1. 사해행위 ‘이후’ 채권자	49
2. 수익자가 채권자 중 1인인 경우	55
3. 수익자가 채권자가 아닌 경우	57
III. 가액반환	59
IV. 소결	60
제 3 절 채권자취소권 행사에 따른 취소범위	60

I. 문제제기	60
II. 판례	61
III. 민법개정안과 검토	63

제 5 장 채권자평등주의가 침해되는 구체적 사안에 대한 검토 66

제 1 절 편파행위 66

I. 편파행위의 개념 및 취소할 수 있는지 여부	66
II. 부인권에서 편파행위 규율과의 비교	67
III. 편파행위의 구체적 유형에 대한 검토	68
1. 서설	68
2. 본지변제	69
3. 대물변제	77
4. 대물변제로 채권을 양도한 경우	80
5. 소결	87
IV. 민법개정안과 개선방향 검토	87
1. 민법개정과정	88
2. 개선방향검토	88

제 2 절 가액반환에 따른 취소채권자의 사실상 우선변제권 인정 90

I. 서설	90
II. 가액반환의 상대방	91
III. 가액반환을 원물반환과 동일하게 취급하여야 하는지 여부 - 채권자평등주의 관점에서	95
1. 서설	95
2. 가액반환의 구체적 유형	95
3. 소결	97
IV. 취소채권자의 우선변제 여부	97
V. 가액반환에서 채권자평등주의 실현방안	103

1. 서설	103
2. 수익자 겸 채권자의 안분액분배청구권 및 안분액지급거절권 인정여부	106
3. 일반채권자의 취소채권자에 대한 가액배상금 분배청구권 인정여부	108
VI. 취소범위에 대한 기존 판례의 수정 필요성	108
1. 문제제기	108
2. 개선방향	109
VII. 민법개정안에 대한 검토 및 소결	109
 제 6 장 결론	 113
 참고문헌	 116
Abstract	121

제 1 장 서론

제 1 절 문제의 제기

채권자취소권은 채무자의 책임재산을 보전하기 위한 실체법상 권리로, IMF 이후 공적자금이 투입된 금융기관 등이 채권자취소권을 행사하는 사례가 급증하면서 주목받기 시작하였다.¹⁾ 본 권리의 효력으로는 판례에 의해 주장되는 상대적효력설과 명문으로 규정되어 있는 채권자평등주의가 있다. 전자와 관련해서는 그 이론적 난해함으로 많은 학자들에 의해 연구되고 논의되었지만, 상대적으로 실제 명문으로 규정되어 있는 ‘채권자평등주의’와 관련해서는 깊이있는 논의가 심도있게 진행되지 못한 것으로 보인다. 아울러, 민법 제407조와 같은 규정은 세계적으로 우리나라와 일본을 제외하고는 그 유례를 찾아보기 힘들기 때문에 비교법적인 연구를 수행함에도 한계가 있었다. 그렇기에, 상대적효력설과 채권자평등주의의 관계, 채권자평등주의의 실질적 의미, 적용과 그 한계를 세부적으로 살펴볼 필요가 있다고 생각한다.

나아가, 채권자취소권과 부인권은 ‘채무자의 책임재산의 보전’이라는 동일한 목적을 가지고 있기 때문에 최대한 정합성을 높이는 방향으로 운용되어야 한다. 하지만, 두 제도는 집단적 청산절차인 도산절차를 전제로 하는지 여부와 관련해 근본적인 차이가 있기 때문에 완전히 동일하게 취급될 수는 없다. 그렇기 때문에, 부인에 적용되는 채권자평등주의도 채권자취소권에 적용함에 있어서는 일정한 한계가 존재할 수밖에 없을 것이다. 그렇다면, 채권자취소권의 효력으로 명문으로 규정되어 있는 채권자평등주의는 어느 정도로 적용되어야 하는지, 그 한계는 무엇인지 고찰해볼 필요가 있다.

1) 김재형, “채권자취소권에 관한 민법개정안 - 개정안에 관한 기본구상과 민법개정위원회의 논의과정을 중심으로”, 「민사법학」 제68호, 한국민사법학회, 2014, 44면.

제 2 절 연구의 목적과 범위

본 논문은 채권자취소권의 일반적 효력으로서 ‘채권자평등주의’ 전반을 개괄하고, 채권자취소권에서 채권자평등주의의 적용과 한계에 대한 이해를 목적으로 한다. 구체적으로, 채권자취소권의 일반적 효력범위를 ‘취소효력을 받는 인적범위’와 ‘취소범위’로 나누어 각각의 경우 채권자평등주의가 적용되는 정도, 그 한계에 관해 살펴보았다. 아울러, 현실적인 문제로 관점의 폭을 넓혀, 채권자평등주의가 침해되는 구체적 사안으로 ‘편파행위’와 ‘가액반환에 따른 취소채권자의 우선변제권 인정’을 상정하여 채권자평등주의 관점에서 이들의 규율방향에 관해 고찰해보았다. 이 역시 중점사항은 전체적인 논지에 따라, 채권자취소권에서 채권자평등주의의 적용과 그 한계에 초점을 맞춰 논의를 진행하였다. 아울러, 각 쟁점과 관련하여, 2014년도에 마련된 민법개정안²⁾³⁾을 연관지어 논의를 진행하였다. 채권자취소권과 관련한 본 개정안은 아직 입법화되지는 못하였

-
- 2) 윤진수/권영준, “채권자취소권에 관한 민법 개정안 연구”, 「민사법학」 제66호, 한국민사법학회, 2014, 504면; 법무부는 1999년부터 민법개정위원회를 설치하여 민법개정 작업을 거친 끝에 2004년에 재산편 개정안을 국회에 제출하였으나, 이에 대한 실질적인 심의가 이루어지지 않은 채 국회의 회기만료로 폐기되었다. 그 후, 2009년 2월 4일 법무부는 다시 민법개정위원회를 설치하여 민법 재산편 전면개정작업을 진행하였고 2013년 전체회의(제4기 민법개정위원회 9차 전체회의)에서 개정시안이 확정된 후, 2014년 1월경 작업이 종료되어 민법개정안의 전체 모습이 드러나게 되었다. 구체적으로, 채권자취소권에 관해서는 민법 10개 조항, 민사집행법 1개 조항에 대한 개정안이 마련되었다. 본 논문에서 다루고자 하는 민법개정안은 본 개정안 중 채권자취소권에 관한 규정이고, 추후 이를 ‘민법개정안’으로 통일하여 표시하고자 한다.
- 3) 김형석, 민법개정안에 대한 단상 - 2014년 법무부 민법 개정시안 물권편을 소재로 -, 「민사법학」 제85호, 한국민사법학회, 2018, 2면; 법무부에 의해 마련된 2004년과 2014년의 민법개정안은 민법 전3편을 전반적으로 검토하여 개정하고자 하는 작업의 일환으로 이루어진 것이나, 두 개정안의 입법적인 성과는 처음 작업에 착수했을 때의 기대에 미치지 못하고 있다. 전자는 국회에서 제대로 논의조차 되지 못한 채 임기만료로 폐기되었고, 후자는 그 일부가 법률로 성립하기도 하였으나(예컨대, 성년후견, 보증 및 여행계약) 나머지는 마찬가지로 국회에서 표류하였다. 법안으로 성립하지 못한 나머지 부분은 이후 정치적 일정을 기다리고 있으나 아직 구체적인 입법 방향은 뚜렷이 보이지 않고 있는 실정이다.

으나, 본 권의 구체적인 개선방향과 관련하여 중요한 시사점 및 방향성을 제시해줄 수 있기 때문에 연관지어 논의를 진행하였다.

우선 제2장에서는, 채권자취소권의 일반론으로 채권자취소권의 의의 및 목적, 법적성질, 다른 제도와의 비교, 서구법제와의 비교, 채권자취소권 행사에 따른 원상회복에 대한 논의를 중심으로 서술하였다. 본 장은 본문의 내용을 진행하기 전 초석으로 채권자취소권 전반에 대한 이해를 목적으로 한다.

제3장에서는, 채권자취소권 행사의 효력으로서 채권자평등주의의 의미, 상대적효력설과의 관계에 대해 논의를 진행하였다. 상대적효력설은 본래 취소채권자에게 우선변제권이 인정되는 독일, 프랑스 등 서구국가에서 통용되던 이론인데 우리 민법상 명문으로 규정된 채권자평등주의와 어떻게 조화될 수 있는지, 그 관계 속에서 채권자평등주의의 실질적인 의미는 무엇인지 기존 학설을 검토해 살펴보았다. 아울러, 실제 채권자평등주의와 상대적효력설이 문제되는 판례사안을 사실관계를 배경으로 심도있게 살펴봄으로써, 본 장의 법리적 논의를 현실 사례에 적용해보았다.

제4장에서는, 채권자취소권의 일반적 효력범위를 ‘취소효력을 받는 채권자의 범위’와 ‘취소범위’로 나누어 채권자취소권에서 채권자평등주의의 적용 및 그 한계에 관하여 고찰해보았다. 우선, 민법 제407조에 규정된 ‘모든 채권자’의 범위와 관련하여, 채권자취소권이 행사되는 경우 문제되는 채권자를 유형화하고 취소효력을 받는 채권자의 범위는 어느 선까지 인정되어야 하는지 살펴보았다. 다음으로, 취소범위와 관련하여 우리 판례는 취소채권자의 채권액을 기준으로 취소범위를 산정해야 하고 예외적으로 목적물이 불가분이거나 다른 채권자의 배당요구가 명백한 경우에만 그 채권액을 초과하여 취소할 수 있다는 입장인 바, 이에 대하여 채권자평등주의에 입각해 비판적으로 고찰해보았다. 본 장에서는, 채권자취소권에서의 일반적 효력범위를 규명함으로써 본 권에서 채권자평등주의는 원칙적으로 관철되며 그 한계는 분명히 존재함을 도출하였다.

제5장에서는, 채권자평등주의가 침해되는 구체적 사안을 ‘편파행위’와 ‘가액반환에 따른 취소채권자의 우선변제권 인정’으로 나누어 살펴보았

다. 우선, 편파행위는 재산의 감소가 수반되지는 않지만 특정 채권자에게만 이익을 독점시켜 채권자평등을 해하는 법률행위로 이를 대상으로 한 채권자취소권의 행사가 긍정될 수 있는지, 행사될 수 있다면 그 한계는 무엇인지를 부인권과의 비교를 통해 규명하고자 하였다. 또한, 채권자취소권에 있어 ‘본지변제’의 취급과 관련해 ‘통모’요건을 실제 판례사안을 분석해 살펴봄으로써 실제 재판례에서 적용되는 통모의 인정기준은 무엇인지, 개선해야 할 사항은 없는지 비판적으로 고찰해보았다. 아울러, 가액 반환의 경우 판례는 취소채권자에게 사실상의 우선변제권을 인정하여 채권자평등주의에 반하는 판시를 내리고 있는바, 이와 관련하여 가액배상과 관련한 학설을 살펴보고 구체적인 개선방향 및 그 한계에 대하여 고찰해보았다. 이와 같이, 채권자취소권을 운용함에 있어 채권자평등주의가 침해되는 현실적인 사안을 상정하고 그 개선방향을 살펴봄으로써 채권자취소권에서 채권자평등주의는 어느 정도로 적용되어야 하고 그 한계는 무엇인지에 대해 논의의 폭을 확장하여 고찰해보았다.

제 2 장 채권자취소권 일반론

제 1 절 의의 및 목적

채권자취소권은 채무자가 무자력 혹은 무자력이 임박한 상황에서 채권자를 해한다는 것을 알면서도 자기의 일반재산을 감소시키는 행위를 한 경우 그 행위를 취소하여 채무자의 재산을 원상회복시킴으로써 일반채권자의 공동담보를 보전하는 제도이다.⁴⁾ 채무자에게 원상회복된 책임재산은 취소채권자나 채무자의 일반채권자 중 특정인에게 독점적으로 귀속되지 않고 ‘강제집행을 위한 목적물’로 취급된다.⁵⁾ 이로써, 취소채권자

4) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다2534 판결; 곽윤직, 채권총론[민법강의 Ⅲ](제6판), 박영사, 2014, 266면.

를 포함한 모든 채권자는 강제집행 절차에 참여하여 회복된 재산으로부터 채권의 만족을 얻을 수 있게 되는 것이다. 즉, 채권자취소권은 취소채권자 개인에 의해 행사되는 권리이지만 그 효과는 강제집행에 참여하는 채권자 전원에게 미치게 된다. 이런 점에서, 본 권은 그 행사의 주체와 효과귀속의 주체가 다르다는 점에서 실체법상 특기할 만한 권리이다. 하지만, 이러한 특징은 채권자취소권 제도 자체의 것이 아니라 법제도상 선택적으로 받아들여진 결과라 할 수 있다. 추후 서술하겠지만, 우리나라와는 다르게 독일과 프랑스에서 채권자취소권은 개인에 의해 행사되면서도 그 효과 역시 취소채권자 개인에게만 귀속된다. 반면, 우리나라에서는 취소채권자를 제외한 일반채권자 또한 취소의 효력을 받을 수 있는데, 그 이유는 민법 제407조에서 그 효과귀속과 관련해 명문의 규정을 두고 있기 때문이다. 본 규정에 의해 취소채권자를 포함한 모든 채권자는 취소의 효력을 받는 주체로서 동일하게 취급될 수 있고 이에 따라 채권자취소권에 있어 채권자평등주의가 관철될 수 있는 것이다. 본 원칙과 관련해서는 추후 자세히 서술하도록 하겠다.

채권자취소권 제도를 통해 실현하고자 하는 궁극적인 목적은 취소채권자를 포함한 일반채권자의 채권만족이다. 채권자가 채무자에 대하여 가지는 채권은 채무자로부터 임의변제를 받지 않는 이상, 결국 물(物)의 급부에 의해서만 그 목적이 달성될 수 있고 이는 궁극적으로 ‘강제집행’을 통해 실현된다.⁶⁾ 그런데 만일 채권자가 채무자로부터 채권추심을 하기전에 채무자가 자신의 물적재산을 일출시켜 무자력 상황이 된다면 추후 강제집행에 공(供)할 수 있는 재산이 사라져 채권자의 채권은 형해화될 수밖에 없다.⁷⁾ 그렇기에, 채권자취소권은 채무자로부터 일탈된 책임재산을 사후적으로 원상회복시켜 강제집행이 실효적으로 이루어질 수 있게 하기위한 준비절차로서 의미가 있다고 할 수 있다.⁸⁾

5) 이순동, 채권자취소권(제3판), 육법사, 2017, 63면.

6) 편집대표 김용담, 주석민법[채권총칙(2)](제4판), 한국사법행정학회, 2010, 200면. (손진홍 집필부분)

7) 한국현, “채권자취소권의 법적 성질”, 『민사법연구』 제12권 제2호, 대한민사법학회, 2004, 127면.

8) 이은영, 채권총론(개정판), 박영사, 1999, 458면.

유의할 점은, 채권자취소권은 위와 같은 목적을 이루기 위해 유효하게 성립한 법률행위를 취소채권자의 임의적인 선택에 의해 취소시킨다는 것이다. 채권자취소권의 대상이 되는 법률행위는 무자력에 직면한 채무자가 채권자를 사해할 의사로 자신의 책임재산을 일출시켰다는 점을 제외하고는 어떠한 하자도 없이 유효하게 성립하였음에도 취소채권자로 하여금 사후적으로 이와 같은 법률행위를 취소할 수 있게 하는 것은 채무자와 거래한 제3자의 이익 및 거래의 동적 안전을 해치고⁹⁾ 채무자의 재산처분의 자유를 지나치게 제한할 위험성을 내포하고 있다. 그렇기에 채권자취소권 제도를 설계하고 현실적으로 운영하는데 ‘채권자의 채권보호 필요성, 채무자의 재산처분의 자유 및 거래 안전의 보호’라는 대립되는 규범원리가 조화를 이룰 수 있도록 하여야 한다.¹⁰⁾ 이는 추후 서술하는 수익자 및 전득자의 악의 입증책임 분배, 채권자취소권의 일반적 효력범위 중 취소범위 산정, 편파행위의 취급에 있어 중요한 시사점을 제시한다.

제 2 절 다른 제도와의 비교

I. 채권자대위권

채무자가 무자력 혹은 무자력이 임박한 상황에서 임의로 일정한 책임재산을 처분한다면 일반채권자들의 공동담보를 훼손하고 궁극적으로 이들의 이익을 해하게 될 것이다. 이를 방지하기 위하여 채무자의 책임재산에 대한 보전방법이 필요하게 되는데, 우리 민법은 이를 위해 채권자에게 채권자대위권과 채권자취소권 두 가지 권리를 인정하고 있다.¹¹⁾ 그 행사요건과 관련하여 두 제도는 모두 채권자의 채권의 실효적 만족을 목적으로 하기 때문에 채무자가 총채권을 변제할 만한 책임재산을 충분히

9) 김용담/손진홍(주 6), 200면.

10) 헌법재판소 2006. 11. 30. 2003헌바66(헌공 제88호) 결정

11) 오시영, 채권총칙, 학현사, 2009, 317면.

가지고 있는 때에는 양자 모두 인정되지 않는다. 즉, 채무자가 무자력 혹은 무자력에 임박한 상태에 빠진 경우에 한해 인정될 뿐이다.¹²⁾ 그렇지 않은 때에 이를 인정하게 되면 채무자의 재산처분의 자유를 지나치게 제한할 수 있기 때문이다.¹³⁾ 결국, 민법상 ‘책임재산 보전제도’로서 양 권리는 권리행사자를 우선하여 보호하지만, 본 권리의 행사에 의해 침해될 수밖에 없는 채무자의 재산처분에 대한 자유에 대한 보호도 반드시 고려되어야 할 것이다.

채권자취소권과 채권자대위권은 본래 채무자의 책임재산 보전이라는 동일한 목적을 달성하기 위해 고안된 제도로서 외견상으로는 운용에 있어 서로 유사한 면이 있다.¹⁴⁾ 하지만 구체적으로 살펴보면 전자는 채무자와 수익자의 유효하게 성립한 법률행위를 취소하여 채무자에게서 일탈된 재산을 원상회복시키는 권리이고 후자는 채무자의 권리를 채권자가 대신 행사할 수 있는 권리라는 점에서 그 요건과 효과가 다르고 실무에서도 여러 가지로 그 취급을 달리하고 있다.¹⁵⁾

우선, ‘채권자대위권’은 채무자가 스스로의 권리를 행사하지 않는 경우에, ‘채권자취소권’은 채무자가 제3자와 법률행위를 하였을 때 인정되는 권리이다. 채권자대위권은 채무자의 권리를 채권자가 대신 행사함으로써 원래 있어야 할 권리상태를 이루는 것에 지나지 않은 반면, 채권자취소권은 유효하게 성립한 채무자의 법률행위를 취소하여 재산상태를 복귀시키는 제도라는 점에서 후자의 권리가 행사되었을 때 제3자의 이익 및 거래의 안전에 미치는 영향이 더 크다.¹⁶⁾ 그렇기 때문에 우리 민법은 채권자취소권의 행사방법을 제한하여 반드시 ‘재판상’으로만 행사할 수 있도록 하고 있다.¹⁷⁾

다음으로, ‘피보전채권’이 금전채권뿐만 아니라 특정물채권일 때 각각의 권리가 행사될 수 있는지 여부에 차이가 있다. 채권자대위권은 채권

12) 오시영(주 11), 318면.

13) 오시영(주 11), 318면.

14) 이순동(주 5), 65면.

15) 이순동(주 5), 65면.

16) 김용담/손진홍(주 6), 203면.

17) 김용담/손진홍(주 6), 203면.

자의 채권이 금전채권뿐만 아니라 특정채권일 때에도 행사할 수 있는 반면, 채권자취소권은 강제집행을 전제로 한 권리로서 민법 제407조에 의해 그 행사의 효과가 언제나 모든 채권자를 위하여서만 효력이 있기 때문에 피보전채권은 금전채권이어야 한다.¹⁸⁾

이와같이, 채권자취소권과 채권자대위권은 ‘채무자의 책임재산의 보전’이라는 동일한 목적을 달성하기 위하여 인정되는 권리이지만 그 행사상 요건 및 효과에서 차이가 있다.

II. 부인권

책임재산 보전제도로서 실정법이 인정하고 있는 또 다른 권리로 ‘채무자 회생 및 파산에 관한법률’에서 규정하고 있는 ‘부인권’이 있다. 부인권과 채권자취소권은 모두 로마법상 채권자가 제3자에 대하여 재산의 반환을 청구할 수 있는 권리인 파울리나 소권(actio pauliana)에서 유래하였다고 평가되는 바, 그 연혁적인 기원을 같이한다.¹⁹⁾ 또한, 채권자를 해하는 행위를 부인하여 채무자의 일출재산을 회복한다는 점에서 그 목적이 동일하다고 할 수 있다. 아울러, 채권자취소권은 채무자의 무자력 상황을 요건으로 하고 부인권은 ‘도산절차’를 전제로 하는바, 채무자의 무자력 상황은 최악의 경우 파산 및 회생절차 등의 도산절차로 이어질 수 있다는 점에서 양 권리는 그 행사 요건의 측면에서 긴밀히 연관되어 있다고 할 수 있다. 생각건대, 연혁과 목적, 행사요건 측면에서 긴밀히 연관되어 있는 양 권리는 최대한 정합성을 높이는 방향으로 규율되고 운영되는 것이 바람직하다고 본다.²⁰⁾

하지만, 엄격히 살펴보면, 채권자취소권과 부인권은 집단적 청산절차인 도산절차를 전제로 하는지 여부에 따라 근본적인 차이가 있다. 즉, 채

18) 김용담/손진홍(주 6), 203면.

19) 김영주, “부인권의 본질 및 행사에 관한 몇 가지 쟁점 - 채권자취소권과의 이론적 정합성을 생각하며 -”, 「법학논고」 제57집, 경북대학교 법학연구소, 2017, 1면.

20) 임채웅, “사해행위와 편파행위에 관한 연구”, 「저스티스」 통권 제94호, 2006, 84면.

권자취소권은 도산절차가 개시되기 전 개개의 채권자에 의해 행사되는 권리인 반면, 부인권은 회생 및 파산절차가 내에서 채무자 재산의 관리 처분권을 갖는 관리인(파산관재인)에 의해 행사되는 권리이다. 이러한 차이에 기인하여 양 권리는 완전히 똑같이 취급될 수는 없고 행사대상, 행사방법 등 구체적인 규율방식에 있어 구별될 수밖에 없다.²¹⁾

먼저, 행사대상과 관련하여²²⁾ 양 권리를 규정하는 조문을 문리적으로 검토해보면 채권자취소권은 ‘채권자를 해하는 행위’라 하여 원칙적으로 사해행위를 그 대상으로 하고 있는 반면, 부인권은²³⁾²⁴⁾은 고의부인, 위 기부인, 무상부인으로 구분됨을 전제로 고의부인은 사해행위를 대상으로 하고 위기부인은 사해행위와 편파행위를 대상으로 하고 있다. 아울러, 대 법원²⁵⁾은 ‘담보의 제공 또는 채무소멸에 관한 행위’인 편파행위²⁶⁾에 대

21) 양형우, “채권자취소권과 부인권의 관계”, 『비교사법』 제21권 제2호, 한국비교 사법학회, 2014, 1면.

22) 본 논문의 전체적인 취지에 부합하도록 행사대상을 사해행위와 편파행위에 국한 하여 논의를 진행하도록 하겠다.

23) 회생절차와 파산절차에서의 부인권의 대상은 큰 차이가 없기 때문에, 파산절차 에서의 부인권에 한정 논의를 진행하도록 하겠다.

24) **채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제391조**

파산관재인은 파산재단을 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 부인할 수 있다.

1. 채무자가 파산채권자를 해하는 것을 알고 한 행위. 다만, 이로 인하여 이익을 받은 자가 그 행위 당시 파산채권자를 해하게 되는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.
2. 채무자가 지급정지 또는 파산신청이 있는 후에 한 파산채권자를 해하는 행위와 담보의 제공 또는 채무소멸에 관한 행위. 다만, 이로 인하여 이익을 받은 자가 그 행위 당시 지급정지 또는 파산신청이 있는 것을 알고 있는 때에 한한다.
3. 채무자가 지급정지나 파산신청이 있는 후 또는 그 전 60일 이내에 한 담보의 제공 또는 채무소멸에 관한 행위로서 채무자의 의무에 속하지 아니하거나 그 방법 또는 시기가 채무자의 의무에 속하지 아니하는 것. 다만, 채권자가 그 행위 당시 지급정지나 파산신청이 있는 것 또는 파산채권자를 해하게 되는 사실을 알지 못한 경우를 제외한다.
4. 채무자가 지급정지 또는 파산신청이 있는 후 또는 그 전 6월 이내에 한 무상행위 및 이와 동일시할 수 있는 유상행위.

25) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2003다271 판결.

26) 해당 판례사안을 구체적으로 살펴보면, 기존의 채무를 변제하고 그 직후 같은 금액을 신규대출 받으면서 새로이 담보를 제공한 행위에 대한 판단이지만 그 이유 중, ‘특정채권자에게 변제하는 경우’, 즉 본지변제도 고의부인의 대상이 됨을 밝혔다.

해 고의부인이 가능하다는 입장이다. 요컨대, 부인권에서는 책임재산의 회복이라는 목적에 더해 일반채권자들의 공평한 채권만족 또한 그 목적으로 하고 있기 때문에 채권자평등주의가 철저히 관철되어야 하고, 이에 따라 채권자취소권과는 다르게 ‘편파행위’에 대해서도 명문으로 부인될 수 있음을 규정하였다. 이와 관련해서는, 제5장에서 후술하도록 하겠다.

다음으로, 행사방법과 관련하여, 채권자취소권은 민법 제406조에서 “사해행위 취소 및 원상회복을 법원에 청구하여야 한다”라고 규정하고 있는 바, 이에 대하여 통설²⁷⁾ 및 판례²⁸⁾는 채권자취소권의 행사는 소제기의 방식에 의하여야 한다는 입장이다. 반면, 부인권은 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제396조 제1항에서 “소, 청구 및 항변의 방식으로 행사할 수 있다”라고 규정하여 채권자취소권의 경우보다 그 행사요건을 완화하고 있다. 양 권리 모두 유효하게 성립한 법률행위를 사후적으로 부인하는 권리인 바 제3자에게 미치는 영향이 크기 때문에 재판상 행사하여야 한다는 점에는 차이가 없지만, 세부적으로 살펴보면 도산절차를 전제하는 부인권의 경우 신속하고 효율적인 처리가 더 요구되기 때문에 위와 같이 행사요건이 상대적으로 완화된 것임을 알 수 있다.²⁹⁾

요컨대, 책임재산 보전제도로써 공통된 목적을 가지고 있는 부인권과 채권자취소권은 그 이론적인 정합성을 최대한 높이는 방향으로 규율되고 운영되어야 한다. 민법개정안도 채권자취소권과 관련하여 세부적인 규정을 마련함으로써 부인권과의 정합성을 높이기 위한 시도라 평가된다.³⁰⁾ 하지만, 도산절차를 전제로 하는지 여부에 따라 양 권리에는 근본적인 차이가 존재하기 때문에 완전히 동일하게 취급될 수는 없고 세부적인 규율에 있어서는 위와 같이 차이를 두는 것이 바람직하다고 본다.

27) 이순동(주 5), 295면.

28) 대법원 1995. 7. 25. 선고 95다8393 판결, 대법원 1993. 1. 26. 선고 92다11008 판결.

29) 연구책임자 전원열, “사해행위취소 및 부인권제도에 관한 개선방안 연구”, 대법원 연구보고서, 2017, 254면.

30) 김재형(주 1), 52면.

제 3 절 채권자취소권의 효력

I. 서설

채권자취소권의 효력으로는, 판례상 인정되는 상대적효력설과 민법 제 407조에 의해 명문으로 규정되어 보장되는 채권자평등주의가 있다. 본 절에서는 각 원칙에 대해 살펴본 후 제3장에서 양 원칙의 관계에 관하여 심도있게 살펴보도록 하겠다.

II. 판례상 인정되는 상대적효력설

판례³¹⁾는, “채권자취소소송의 기판력은 그 취소권을 행사한 채권자와 그 상대방인 수익자 또는 전득자와의 상대적인 관계에서만 미칠 뿐 그 소송에 참가하지 아니한 채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 미치지 아니한다.”라고 하여 상대적효력설의 입장을 일관되게 취하고 있다. 아울러, 판례³²⁾는 “사해행위취소는 악의의 수익자나 전득자에 대하여서만 할 수 있고 채무자에 대하여는 행사할 수 없으므로 채무자를 상대로 한 취소청구는 부적법하다.”고 하여 피고적격을 수익자 및 전득자에 한해 인정하고 있다.

우리 판례가 채권자취소권의 효력으로 일관되게 상대적효력설을 취하는 이유는 채권자취소권 제도는 형평에 바탕을 두고 있는 제도인 바,³³⁾ 소송 당사자 사이에만 취소효력이 미친다고 해석하여 책임재산의 반환이라는 목적달성에 필요한 범위내로 그 효력을 제한시키기 위함이다.³⁴⁾ 이에 따라, 취소채권자 및 채무자의 일반채권자의 이익을 도모하면서도 거래의 안전을 보호하고 채무자의 재산처분의 자유에 대한 간섭을 최소화

31) 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카1989 판결, 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다23207 판결, 대법원 1997. 5. 23. 선고 95다51908 판결, 대법원 1998. 2. 13. 선고 97다 6711 판결 등 다수.

32) 대법원 1967. 12. 26. 선고 67다1839 판결.

33) 편집대표 박윤직, 민법주해[IX] 채권(2), 박영사, 2001, 802면. (김능환 집필부분)

34) 송덕수, 신민법강의(제8판), 박영사, 2015, 1068면.

하여 복잡하게 얽혀있는 이해관계를 조화롭게 해석할 수 있게 된다.³⁵⁾ 아울러, 상대적효력설을 취함으로써 얻을 수 있는 또 다른 이점은 책임 재산의 회복을 가장 효율적으로 이룰 수 있다는 것인데, 소송의 피고를 수익자 및 전득자만을 대상으로 하면 충분한 점, 수익자가 채무자에 대하여 가지는 채권으로 상계 후 반환하겠다는 항변을 하지 못하는 점을 고려할 때 상대적효력설은 채권자취소권 제도의 목적을 용이하게 달성할 수 있게 한다.³⁶⁾

상대적효력설은 채권자취소권 행사의 효력이 소송 당사자, 즉 취소채권자와 수익자 및 전득자에게만 미친다하여 취소의 효력을 ‘상대적’으로 파악하고 있는바, 이론적인 불명확성을 가짐에는 분명하다. 이는 채권자취소권을 실제 운영하는데 그 모순점이 드러나는데, 상대적 효력설에 따르면 채무자와 수익자 사이에서는 사해행위가 유효하기 때문에 취소채권자가 채무자에 대한 집행권원으로 강제집행을 할 수 있다는 점을 설명하기 어렵다.³⁷⁾ 하지만, 이와 같이 이론적으로 미진한 점이 존재함에도 우리 대법원이 일관되게 상대적효력설을 취하고 있는 이유는 채권자취소권 제도는 유효한 법률행위를 취소하는 권리인바, 그 행사로 인하여 채무자의 재산처분의 자유, 거래의 안전, 수익자의 기대이익을 지나치게 침해할 수 있는 위험성을 항시 내포하고 있는 것을 고려했기 때문이라고 본다. 즉, 채권자취소권 제도는 그 본질상 취소채권자를 우위에 두고 있는 점은 자명하나 형평의 견지에서 인정된 예외적인 권리이므로 그에 의해 불가피하게 침해될 수밖에 없는 위와 같은 가치들에 대한 고려도 반드시 수반되어야 하고, 대법원은 이를 가장 균형적으로 보호할 수 있는 이념인 ‘상대적효력설’을 취하고 있는 것으로 보인다. 요컨대, 채권자취소권이 타인 간의 법률행위의 효력을 부인하는 예외적인 권한이므로³⁸⁾, 본 권의

35) 김송, “채권자평등주의에서 본 채권자취소권의 개정안에 대한 고찰 - 가액배상을 중심으로”, 『법학연구』 20(1), 인하대학교 법학연구소, 2017, 169면.

36) 이계정, “민법 제407조(채권자평등주의)의 법률관계에 관한 연구”, 『사법논집』 제47집, 법원도서관, 2008, 459면.

37) 이순동(주 5), 107면.

38) 김재형, “채권자취소권의 본질과 효과에 관한 연구”, 『인권과 정의』 제329호, 대한변호사협회, 2004, 11면.

행사에 의해 침해될 수밖에 없는 가치들의 균형적인 보호를 위하여 ‘상대적효력설’을 취함으로써 채권자취소권 행사의 효력을 제한하려는 시도는 바람직하다고 본다.

Ⅲ. 명문으로 규정되어 보장되는 채권자평등주의

우리나라는 채권자취소권과 관련하여 단 2개의 규정을 두고있는 바, 민법 제406조는 “취소와 원상회복을 법원에 청구할 수 있다.”라고 하여 사해행위 취소권의 행사와 관련하여 규정하고 있고, 제407조는 “취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 효력이 있다.”라고 하여 채권자평등주의를 규정하고 있다. 이와 같이, 우리나라는 채권자취소권의 효력으로서 채권자평등주의를 명문으로 규정하여 보호하고 있는 바, 이는 매우 특이한 규정이라고 할 수 있다. 채권자취소권에서 채권자평등주의와 관련한 규정은 우리나라와 일본에만 존재하고 있으며 서구 법제에서는 존재하지 않기 때문이다. 그렇기에, 독일과 프랑스와 같은 국가에서 채권자취소권은 개인에 의해 행사되고 그 취소의 효력 또한 오직 취소권을 행사에게만 귀속된다. 반면, 우리나라에서 채권자취소권이 행사되면 그 취소의 효력은 추후 진행되는 강제집행을 통해 취소채권자를 포함한 채무자의 일반채권자에게 균등하게 분여된다. 결국, 위에서 살펴보았던 우리나라의 상대적효력설이 지향하는 ‘채권자취소권의 목적 범위내로 효력의 최소화’에서의 ‘목적’은 모든 채권자의 균등한 이익의 만족이라 할 수 있다. 본 논문의 제4장과 제5장에서는 상대적효력설과 채권자평등주의의 관계에 관해 살펴보고 채권자평등주의의 실질적 의미는 무엇인지, 적용범위와 그 한계는 어떻게 설정되어야 하는지 살펴보도록 하겠다.

제 4 절 서구 법제와의 비교

I. 서설

우리나라와는 다르게 독일과 프랑스에서 채권자취소권의 효과는 취소채권자 개인에게만 귀속된다. 즉, 개인에 의해 행사되면서도 개인의 책임재산만을 보전하기 위한 제도로써 채권자취소권이 활용되고 있는 것이다. 그렇기에, 취소의 효과를 구태여 채무자나 다른 일반채권자 등에게 확장시킬 필요가 없고 오로지 취소소송 당사자에게만 귀속된다고 보면 충분하기 때문에 ‘상대적효력설’에 따라 그 구체적인 운용이 이루어지고 있다. 하지만 앞서 살펴보았듯이, 우리나라는 채권자취소권의 효력으로서 ‘상대적효력설’을 취하면서도 민법 제407조에 의해 ‘채권자평등주의’ 또한 규정되어 있다. 요컨대, ‘상대적효력설’을 취한다는 점에서 우리나라와 앞서의 서구국가는 동일하지만, 그 효과의 귀속주체를 취소채권자 외 일반채권자에게까지 확대시킬 것인지 여부에 근본적인 차이가 있다. 우리나라 채권자취소권에서의 ‘채권자평등주의’ 적용에 대한 논의를 진행하기 전에, ‘취소채권자우선주의’를 취하고 있는 독일과 프랑스의 채권자취소권 제도에 관하여 간략히 살펴보도록 하겠다.

II. 독일

서구 각국의 채권자취소권과 부인권은 모두 로마법상의 파울루스 소권(actio pauliana)에 기원을 두고 있는데, 독일은 종래부터 도산절차 외에서의 취소권(사해행위취소권)과 도산절차 내에서의 취소권(부인권)으로 구분하여 각각을 개별법으로 규율하였고 현재로서는 독일의 채권취소법(Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens, AnfG)이 전자를, 그리고 도산법(Insolvenzordnung, InsO)이 후자를 규율하는 법률이다.³⁹⁾ 우리나라는 도산절차와 관련해서는 개별법에 상세한 규정을 두고 있지만 채권자취소권과 관련해서는 민법에 단 2개의 조항만을 두고 있어 그 구체적인 운영은 학설과 판례에 의존하고 있는 실정이다. 이에 반해, 독일은 채권자취소권의 요건 및 효과와 관련해 개별법에 구체적인 규정을 두고있

39) 전원열, “채권자취소권의 효력론 비판 및 개선방안”, 『저스티스』 통권 제163호, 한국법학원, 2017, 209면.

고 현실적인 운영 또한 개별법에 의해 이루어지고 있다. 독일의 채권자 취소권은 우리나라의 채권자취소권과 비교해보았을 때 여러 차이점이 존재하는데 다음으로는 피보전채권의 요건, 채권자취소권의 본질, 원상회복의 방식 및 집행방법, 효력과 관련하여 채권자평등이 요구되는지 여부 등을 중점적으로 살펴보도록 하겠다.

먼저, 피보전채권의 요건과 관련하여, 독일 채권자취소권에서의 피보전채권은 원칙적으로 집행력있는 집행권원을 취득하고 채권이 변제기에 있어야 하는 반면, 우리 제도 하에서의 피보전채권은 이와 같은 요건을 요구하지 않는다.⁴⁰⁾

다음으로, 채권자취소권의 본질과 관련하여 독일의 통설이자 판례인 법정채권설⁴¹⁾에 따르면, 채권자취소권의 법률상 요건이 갖추어지면 취소채권자와 수익자 및 전득자 사이에는 법정채권관계가 형성되고 취소채권자에게는 사해행위의 취소를 구할 수 있는 ‘채권’이 당연히 발생하며 이러한 채권은 본질적으로 ‘반환청구권’이라고 한다. 아울러, 사해행위를 ‘취소’하는 것은 법률행위를 ‘무효화’시키는데 그 목적이 있는 것이 아니라 취소채권자와 상대방과의 관계에서만 채권적 효과만을 발생시켜 수익자에게 넘어간 채무자의 재산에 대하여 강제집행을 하기 위한 전제로 그 의미가 있다고 한다.⁴²⁾⁴³⁾

나아가, 원상회복의 방식 및 집행방법과 관련하여, 채권자취소권을 행사하여 법률행위가 취소되더라도 일출재산은 채무자에게 복귀하지 않고 수익자의 명의로 남아있다고 보되, 수익자는 채무자에 대한 집행권원으로써 강제집행당하는 것을 수인해야 한다.⁴⁴⁾ 즉, 사행위취소소송의 상대

40) 민일영, 독일의 채권자취소제도, 「재판자료」 제48권, 법원도서관, 1989, 14면.

41) 김영주, “독일의 채권자취소법과 채권자취소소송”, 「비교사법」 제24권 제4호, 한국비교사법학회, 2017, 1767면.

42) 김영주(주 41), 1767면.

43) 전원열(주 29), 40면에서, “독일의 현행 채권자취소법 제11조에서는 구 채권자취소법 제1조에 명시된 ‘채권자에 대하여 무효’라는 표현을 삭제하고, ‘채권자의 만족을 위하여 필요한 한도에서 처분할 수 있다.’고 규정함으로써, 상대적 무효의 개념을 배척하였다는데 이론의 여지가 없다”고 서술되어 있다. 다만, 생각건대, 위와 같이 개정된 의도는 법률행위가 상대적으로 ‘무효’가 되는 것을 배제하기 위한 것일 뿐 그 취소의 효과가 취소채권자와 수익자 및 전득자 사이에 발생한다는 ‘상대적효력’의 원칙을 배제한 것은 아니라고 본다.

방인 수익자 또는 전득자는 취소 판결의 효력에 의하여 그의 수중에 있는 일출재산을 마치 아직 채무자에게 속해 있는 것과 같이 취급할 채무를 부담하고, 이러한 채무를 부담하기 때문에 피고는 취소채권자가 사해행위 목적물에 대하여 하는 강제집행을 인용하지 아니하면 아니된다. 이러한 점에서 사해행위 취소의 소는 집행인용의 소라 불리고, 사해행위취소판결은 집행인용판결이라 불린다.⁴⁵⁾

아울러, 독일의 경우 일반적인 강제집행 절차에 있어서 우선주의를 택하고 있을 뿐만 아니라, 채권자취소권 관련해서도 우리의 민법 제407조와 같은 규정이 존재하지 아니하여 사해행위 취소권을 행사한 취소채권자에게 우선적인 만족권을 인정한다.⁴⁶⁾ 이에 따라, 채권자취소권 행사의 효력은 취소채권자에게만 독점적으로 귀속되고 취소의 범위도 당연히 취소채권자의 채권액에 한하여 인정된다. 채권자취소권 행사에 따른 취소의 범위는 이와 같이 취소채권자에게 우선적인 만족권이 인정되는지 여부와 깊은 관련이 있는바, 이와 관련해서는 후술하도록 하겠다.

III. 프랑스

프랑스에서는 2016. 2. 10. 오르도낭스 제2016131호를 통해 200여년 만에 전면적인 채권법 개정이 이루어졌고, 본 개정시에 ‘Les actions ouvertes au créancier’이라는 장을 신설하였으며 이하 제1341조2에 채권자취소권을 규정하였다.⁴⁷⁾

먼저, 피보전채권의 요건과 관련하여, 독일에서 채무자에 대해 집행권원을 가지고 있는 채권자만이 채권자취소권을 행사할 수 있는 것과는 달리 프랑스에서는 채권자취소소송을 제기하는데 이와 같은 요건을 요구하지 않는다. 다만, 회복된 일출재산에 대하여 실제 강제집행을 하기 위해서는 취소채권자가 채권자취소소송에서의 승소판결뿐만 아니라 채무자에

44) 김영주(주 41), 1777면.

45) 오영준, “사해행위취소권과 채권자평등주의”, 「사법논집」 32집, 법원도서관, 2001, 159면.

46) 전원열(주 29), 44면.

47) 전원열(주 29), 64면.

대해서도 집행권원을 가지고 있어야 한다.⁴⁸⁾

채권자취소권의 효력과 관련하여 개정민법 제1341조의2는, 사해행위 취소의 결과 채무자가 행한 법률행위가 무효가 되는 것이 아니고 소송의 당사자인 수익자나 전득자가 취소채권자에게 대항할 수 없을 뿐이라는 것을 명시하였다. 이에 따라, 프랑스 사해행위취소 인용판결의 주문의 기본형은 “어느행위(취소대상행위)는 원고(취소채권자)에 대하여 대항력이 없음을 선언한다.”는 것으로, 승소판결의 결과 피고인 수익자나 전득자는 취소채권자에 대하여 해당 일출재산과 관련하여 대항할 수 없게 된다.⁴⁹⁾ 아울러, 이와 같은 취소의 효과는 해당 소송의 취소채권자와 상대방 사이에만 효력이 있다는 것이 통설 및 판례이다.⁵⁰⁾

나아가, 프랑스에서도 사해행위가 취소된 후 등기명의를 수익자에게 남겨둔 채로 강제집행을 시행한다. 즉, 상대적효력설에 따라 취소채권자와 피고인 수익자와 전득자 사이에서만 일출재산이 채무자에게 복귀한 것으로 취급되어 채무자에 대한 집행권원으로 수익자 명의 일출재산에 대하여 강제집행을 시행할 수 있는 것이다.⁵¹⁾ 이는 독일의 ‘집행인용의 청구’와 유사하다.

프랑스의 경우 민법을 통해 채권은 평등하다는 점을 선언하고 있고 독일의 경우와 달리 일반채권의 강제집행 절차에서 채권자평등주의 원칙을 채택하고 있다.⁵²⁾ 하지만 주목할 점은 프랑스는 강제집행의 전제로서 청구되는 ‘채권자취소권’과 관련하여 ‘우선주의’를 택하고 있다는 것이다. 강제집행과 관련된 민사집행법이 채권자평등주의원칙을 취하고 있다 하더라도, 이것이 바로 채권자취소소송에서 반드시 모든 채권자를 동일하게 취급하여야 한다는 결론으로 귀결될 수는 없는 것이다.⁵³⁾ 왜냐하면 민사집행법상의 집행절차에서는 다른 채권자도 어차피 채무자의 일반채

48) 전원열(주 29), 72면.

49) 전원열(주 39), 210면.

50) 정다영, “프랑스 민법상 채권자취소권제도”, 「민사법학」 제67호, 한국민사법학회, 2014, 381면.

51) 전원열(주 39), 210면.

52) 추신영, “사해행위취소에 있어서 취소채권자와 수익자의 고유채권자 사이의 법률관계”, 「동아법학」 제52호, 2011, 542면.

53) 이순동(주 5), 513면.

산에 강제집행을 하여 채권의 만족 실현할 수 있지만 채권자취소소송의 경우 다른 채권자는 채무자 소유였던 일탈재산에 강제집행을 할 수 없던 상태였다가 취소소송을 제기한 취소채권자의 일방적인 노력에 의해 비로소 집행에 참가할 수 있는 상태를 회복하기 때문이다.⁵⁴⁾ 결론적으로, 두 영역에서 채권자를 어떻게 취급할지는 독립된 문제이고 실제로 채권자취소권 제도하에서 취소채권자를 포함한 모든 채권자를 어떻게 취급할지는 실체법상의 규정에 의하여 결정된다고 보아야 한다.⁵⁵⁾ 예컨대, 프랑스와 독일 등 대다수의 국가에서는 앞서 살펴본 것과 같이 취소채권자를 일반채권자에 비하여 우선시하는 반면, 우리나라와 일본은 채권자평등주의를 명시한 별도의 규정을 두어 취소채권자와 일반채권자를 동등하게 취급하고 있는바, 이와 관련해서는 후술하도록 하겠다.

제 5 절 채권자취소권 행사에 따른 원상회복

1. 원상회복의 의미

앞서 살펴보았듯이, 의용민법은 “법률행위의 취소를 법원에 청구할 수 있다.”라고 규정하여 채권자취소권 행사의 효력으로 ‘취소’만을 규정하다가 현행민법에서 ‘원상회복’이 추가되었다. 하지만, ‘원상회복’의 의미는 명확하지 않고 이에 관해서는 학설이 대립된다. 먼저, 소급효를 전제로 사해행위가 있기 전의 상태로 복귀시키는 것이라고 엄격하게 해석하는 입장⁵⁶⁾이 있고, 다음으로 채권자가 공취력을 행사할 수 있는 상태로 책임재산을 회복시키는 것이라는 입장⁵⁷⁾이 있다. 생각건대, 채권자취소권은 강제집행을 전제로 하는 권리인바, 재산을 채무자에게 회복시키는 목적은 일응 강제집행을 통해 채권의 만족을 얻기 위함이기 때문에 원상회

54) 이순동(주 5), 513면.

55) 이계정(주 36), 474면.

56) 임일혁, 사해행위취소에 따른 원상회복으로서의 원물반환과 가액배상과의 관계, 「재판과 판례」 17집, 대구판례연구회, 2008, 87면.

57) 김재형(주 38), 26면.

복은 채권자가 강제집행을 행할 수 있는 상태로 복귀시킴을 의미한다고 본다. 판례⁵⁸⁾도 “채권자취소권은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 일반 재산을 감소시키는 행위를 한 경우에 그 행위를 취소하여 채무자의 재산을 원상회복시킴으로써 채무자의 책임재산을 보전하기 위하여 인정된 권리로서, 사해행위의 취소 및 원상회복은 책임재산의 보전을 위하여 필요한 범위로 한정되어야 하므로, 원래의 책임재산을 초과하는 부분까지 원상회복의 범위에 포함된다고 할 수 없다.”라고 하여, 원상회복의 본질적인 목적은 강제집행 시 공취력을 행사하기 위한 ‘책임재산의 보전’이라고 설시하였다.

II. 원상회복의 원칙

1. 학설

원상회복은 원칙적으로 원물반환의 방식으로 이루어져야 한다는 것과 관련하여 긍정설과 부정설이 대립된다.

(1) 긍정설

다수설⁵⁹⁾은 채권자취소권 행사로 인한 원상회복은 원칙적으로 원물반환에 의하여야 하고, 예외적으로 그것이 불가능하거나 현저하게 곤란한 경우에 한하여 원물반환에 갈음하여 가액반환을 청구할 수 있다고 한다. 즉, 일출재산의 회복방법으로서 원물반환이 원칙이고 가액반환이 예외라고 하면서, 그 이유는 가액배상의 경우 취소채권자가 사실상 우선변제를 받게 되므로 가액배상을 일반적으로 인정하게 되면 민법 제407조에 따른 채권자평등주의를 사문화시킬 우려가 있기 때문이라고 한다.⁶⁰⁾ 하지만,

58) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결.

59) 김용담/손진홍(주 6), 318면.

60) 김능환, 채권자취소권의 행사방법 : 부동산이 전전양도된 경우를 중심으로, 「민사재판의 제문제」 제6권, 한국사법행정학회, 1991, 39면.

이에 대해서는, 비교법적으로 검토하였을 때 민법 제407조와 같은 규정은 우리나라와 일본에만 있는 규정으로 이와 같은 규정이 없는 프랑스와 독일에서도 원상회복의 원칙은 ‘원물반환’인바, 우리나라에서 원물반환을 원칙으로 한 것은 민법 제407조의 실효적 운영을 위해서가 아니라 채권자취소제도는 원래 ‘일출재산 그 자체’에 집행하기 때문이라는 견해도 존재한다.⁶¹⁾

(2) 부정설

자기의 성의와 노력에 의해 채권자취소권을 재판상 행사하여 승소판결을 얻은 취소채권자를 일반채권자보다 우선하여 보호하여야 한다고 하면서, 취소채권자에게 반환방법에 대한 선택권을 부여하여 원물반환이 가능한 경우에도 가액반환을 선택할 수 있도록 하여야 한다고 주장한다.⁶²⁾

2. 판례

판례⁶³⁾는 채권자취소권 행사에 따른 원상회복은 원칙적으로 그 목적물 자체의 반환에 의하여야 하고, 그것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우 예외적으로 가액을 반환하는 방법에 의하여야 한다고 판시하고 있다. 즉, 원상회복은 원칙적으로 ‘원물반환’에 의하여야 하고 예외적인 경우에 한해 ‘가액반환’을 허용하고 있는 것이다. 아울러, 판례⁶⁴⁾는 “채권자가 사해행위취소에 따른 원상회복을 구함에 있어서 사해행위 후 제3자가 목적물에 관하여 저당권 등의 권리를 취득하여 수익자를 상대로 원물반환 대신 가액배상을 구할 수 있음에도 불구하고 채권자 스스로 위험이나 불이익을 감수하면서 원물반환을 구하는 것이 허용된다”라고 판시하고

61) 전원열(주 29), 299면.

62) 지원림, “사해해위취소에 따른 원상회복의 방법 - 원물반환과 가액상환의 관계를 중심으로”, 『안암법학』 제25호 하, 안암법학회, 2007, 788면.

63) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다104564판결.

64) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다 57139판결.

있는바, 가액배상이 가능한 경우에도 원물반환을 인정하고 있다. 또한, 판례⁶⁵⁾는 “근저당권설정계약 중 일부만이 사해행위에 해당하는 경우에는 그 원상회복은 근저당권설정등기의 채권최고액을 감축하는 근저당권변경 등기절차의 이행을 명하는 방법에 의하여야 한다”라고 판시하였다. 이와 같은 판시의 취지를 살펴보면, 대법원은 가액배상으로 이론구성을 하여 이를 명할 수 있는 상황에서도 그 방법을 약간 수정 내지 변경하는 방법으로 원물반환을 명함으로써 ‘원물반환의 원칙’을 고수하려고 하는 것으로 보인다.⁶⁶⁾

원상회복 방식에 대한 위와 같은 판례의 입장을 종합해보건대, 대법원은 원상회복의 원칙은 원물반환이라고 하면서, ‘책임재산 그 자체’의 반환에 최대한 부합하는 판시를 내리기 위해 노력하고 있는 것으로 보인다.

3. 검토

원상회복의 원칙은 원물반환이 되어야 한다는 통설의 결론에 동의하는 바이다. 하지만, 통설은 법제상 가액반환과 관련된 분배절차가 마련되어 있지 않다는 점을 지적하며 가액반환이 이루어지는 경우 불가피하게 취소채권자에게 사실상 우선변제권을 인정할 수밖에 없어 채권자평등주의가 침해된다는 이유로 원상회복의 원칙적인 모습을 원물반환이라고 하는데, 이와 같은 논거는 설득력이 부족하다고 본다. 왜냐하면 민법 제407조와 같은 규정은 일본과 우리나라에만 존재하는 예외적 규정이기 때문에 이를 실효적으로 보장하기 위하여 원상회복의 원칙은 원물반환이 되어야 한다는 주장은 채권자취소권의 본질에 입각한 논거가 아닌 것으로 보편성을 결여하고 있기 때문이다. 아울러, 위와 같은 주장에 따르면 분배절차의 마련으로 가액배상의 경우에도 원물반환과 마찬가지로 채권자평등주의가 보장되는 경우, 원상회복의 원칙적인 모습은 어떠해야 하는지에

65) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다43620 판결.

66) 이진수, “가액배상을 구하는 사해행위취소소송에서 원물반환을 명할 수 있는지 여부”, 「판례연구」 제21집, 부산판례연구회, 2010, 656-657면.

대해 또 다시 논의가 될 수밖에 없기 때문에 원상회복의 원칙이 왜 원물 반환이 되어야 하는지에 대한 근원적인 논거가 될 수는 없다고 본다.

생각건대, 원상회복의 원칙을 ‘원물반환’으로 보는 것은 취소채권자를 우선하여 보호하되 수익자 및 전득자에 대한 보호도 고려하고자 하는 채권자취소권 제도의 취지에서 비롯된 것이라 본다. 수익자의 수중에 일출 재산이 그대로 있음에도 취소채권자의 임의적인 선택에 의해 가액으로 반환하도록 강제한다면, 수익자의 일방적인 희생을 강요하는 것이 될 수 있다. 이와 같은 결과는 수익자가 충분한 금원을 보유하고 있지 않은 경우에 더욱 심화될 것이다. 후술하겠지만, 채권자취소권 제도가 명문으로 규정되어 있다고 하더라도 이는 취소채권자에게 예외적으로 인정되는 권리이기 때문에 그 행사의 요건은 엄격히 인정되어야 한다. 아울러, 이에 따라 행사가 인정된다고 하더라도 수익자 및 전득자, 나아가 채무자의 희생을 무제한적으로 강요할 수는 없다. 생각건대, 우리 통설 및 판례가 원상회복의 원칙을 원물반환으로 보는 것은 채무자의 자유로운 처분행위에 따라 유효한 법률행위를 맺은 수익자 및 전득자에 대한 최소한의 배려라 본다. 이런 관점에서 보면, 판례⁶⁷⁾가 가액반환이 가능한 경우 취소채권자가 위험을 무릅쓰고 원물반환을 구할 수 있다고 본 것도 이해되는 바이다.

아울러, 현재 우리나라에서는 민법 제407조를 두어 채권자평등주의를 보장하고 있기 때문에 부정설이 주장하는 바와 같이, 취소채권자의 선택권을 보장함으로써 이들을 일반채권자보다 우위에 둘 수는 없다고 판단된다. 물론, 채권자취소권을 행사하는데 나름의 시간과 비용이 들기 때문에 제도의 실효적 보장 측면에서 본 권리를 행사하는데 나름의 유인책이 보장되어야 하겠지만, 이것이 취소채권자를 채무자의 다른 일반채권자보다 우위에 두는 방식에 의할 수는 없다고 생각된다. 요컨대, 채권자취소권 제도의 취지 및 채권자평등주의 원칙에 따라 원상회복의 원칙은 일출 재산 그 자체의 반환에 의하여야 한다고 본다.

67) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57139판결.

제 3 장 채권자평등주의의 의미 및 해석론

제 1 절 민법 제407조의 의미

민법 제407조는 채권자취소권의 행사에 의한 취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다고 규정하고 있는데, 이 의미에 관하여 통설⁶⁸⁾은 “채무자에게 회복된 재산은 채권자의 공동담보로서 의미가 있는 것이고 취소채권자라 하여 우선변제권을 갖는 것은 아니다. 아울러, 취소채권자는 회복된 재산에 대하여 집행권원을 갖추고 강제집행에 참여할 수 있으며, 다른 일반 채권자도 이와 같은 강제집행에 참여할 수 있다”라고 한다.

이러한 통설적 입장을 따를 때, 민법 제407조는 다음과 같은 두 가지 의미를 가진다. 먼저, 채무자에게 회복된 재산은 취소채권자뿐만 아니라 수익자점 채권자를 포함한 모든 일반 채권자를 위하여 효력이 있다는 것으로 우리나라의 채권자취소제도는 우선주의가 아닌 채권자평등주의를 취하고 있음을 의미한다. 앞서 설명한 바와 같이, 이는 취소채권자 우선주의를 취하는 독일과 프랑스에서의 채권자취소권 제도와 구분되는 특징이라 하겠다. 두 번째로, 채권자평등주의를 규정하고 있을 뿐 원상회복된 재산을 어떻게 분배할지와 관련해서는 명시적인 절차규정을 두고 있지 않고, 이에 따라 일반적인 강제집행 방법에 의존해 이익을 배분해야 한다고 한다.⁶⁹⁾ 하지만 이는, 원상회복 중 원물반환에 국한된 설명으로, 가액반환이 이루어지는 경우는 일반적인 강제집행절차 없이 취소채권자가 채권자취소소송에서 승소판결을 얻기만 하면 독점적인 이익을 향유할 수 있다. 이와 관련해서는 후술하도록 하겠다. 요컨대, 원상회복 중 원물반

68) 김용담/손진홍(주 6), 355면.

69) 이우재, “사해행위취소의 효력과 배당절차에서의 취급 - 사해행위취소의 효력을 받는 모든 채권자의 범위와 관련된 문제 -”, 『재판자료』 117집 : 민사집행법실무연구Ⅱ, 법원도서관, 2009, 177면.

환이 이루어는 경우, 취소채권자 및 채무자의 일반채권자는 일출재산에 대한 강제집행 절차에 배당요구 등을 함으로써 평등하게 채권의 만족을 얻을 수 있고,⁷⁰⁾ 이런 점에서 채권자취소권은 강제집행을 위한 준비단계로 그 본질적 기능이 설명될 수 있다.⁷¹⁾

제 2 절 채권자평등주의 전제에 대한 논의 - 수익자 및 전득자의 악의 입증책임

I. 서설

채권자취소권 제도는 강제집행의 준비단계로서 그 의미가 있고, 취소채권자를 포함한 일반채권자는 채권자취소소송에 후속하는 강제집행 단계에서 배당요구를 함으로써 채권자 간 평등은 도모된다. 그렇기에 채권자취소권 행사에 따라 채권자평등주의가 관철되기 위해서는, 즉 원상회복된 재산으로부터 채권자들이 평등하게 이익을 분여받기 위해서는 일단 그 전제로 취소채권자가 수익자 및 전득자를 상대로 제기한 채권자취소소송에서 승소판결을 얻어 일출재산이 회복되어야 한다. 일출재산이 회복되지 않고서는 강제집행이 이루어질 수도 없고, 취소채권자를 포함한 일반채권자들의 채권 자체가 만족될 수 없기 때문이다.

채권자취소권은 ‘악의’의 수익자 및 전득자에 대해서만 행사될 수 있기 때문에 수익자 및 전득자의 주관적 인식상태는 채권자취소권의 행사가능여부의 문제와 직결된다. 그렇기에, 취소채권자와 수익자 및 전득자 중 누구에게 수익자 및 전득자의 악의를 입증하도록 할 것인지의 문제는 채권자취소권을 행사하는 취소채권자의 보호와 거래 상대방의 보호, 거래의 안전, 채무자의 재산처분의 자유라는 이념이 충돌하는 영역이라고

70) 이우재(주 69), 177면.

71) 김용담/손진홍(주 6), 200면.

할 수 있으며⁷²⁾ 궁극적으로 전자와 후자의 가치 중 어느 것을 우선하여 보호할지와 직결되는 문제라고 할 수 있다. 이는 나아가, 채권자평등주의가 달성될 수 있는 토대와 근본적으로 관련된다는 점에서 본 논문의 주제와 관련해서도 중요한 문제라 할 수 있다.

II. 학설 및 판례

판례⁷³⁾는 증명책임분배의 원칙인 법률요건분류설을 전제로, 민법 제406조 제1항에서 수익자 및 전득자의 주관적 인식이 단서조항으로 규정되어 있기 때문에 규정 형식상 수익자 또는 전득자의 악의는 추정되고 스스로가 선의임을 증명하여야 한다는 입장인 것으로 보인다.⁷⁴⁾ 이와 같은 입증책임 분배의 위헌성과 관련하여, 헌법재판소⁷⁵⁾는 “입법자가 수익자의 악의를 채권자취소권의 장애사유로 정한 것은 채무자보다는 직접적인 거래당사자인 수익자가 스스로의 선의를 입증하는 것이 훨씬 용이한 위치에 있다는 점을 고려한 것으로서 그 합리성을 인정할 수 있다.”라는 입장인바, 취소채권자가 아닌 거래의 직접적인 당사자인 수익자 및 전득자가 선의를 입증하는 것이 더 용이하다고 하여 현 판례에 따른 입증책임 분배의 합헌성을 확인하였다.

판례⁷⁶⁾는 수익자의 선의 여부는 채무자와 수익자의 관계, 채무자와 수익자 사이의 처분행위 내용과 그에 이르게 된 경위 또는 동기, 그 처분행위의 거래조건이 정상적이고 이를 의심할 만한 특별한 사정이 없으며 정상적인 거래관계임을 뒷받침할 만한 객관적인 자료가 있는지 여부, 그 처분행위 이후의 정황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 논리적, 경험칙에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다고 본다. 아울러, 사해행위 당시 수익자가 선의였음을 인정함에 있어서는 객관적이고도 납득할 만한 증거자료 등이 뒷받침되어야 하고 채무자의 일방적인 진술이나 제3자의

72) 전원열(주 29), 219면

73) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007다74621 판결.

74) 전원열(주 29), 219면.

75) 헌법재판소 2007. 10. 25. 선고 2005헌바96 판결.

76) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007다74621 판결.

추측에 불과한 진술 등에만 터 잡아 그 사해행위 당시 수익자가 선의였다고 선뜻 단정하여서는 안 된다고 한다. 즉, 대법원은 수익자 및 전득자의 악의를 추정할 이상, 이와 같은 추정의 번복을 인정하는데 매우 신중한 입장을 보이고 있는 것이다.

판례의 입장과는 달리, 채권자가 수익자 또는 전득자의 악의를 증명하여야 한다고 해석하는 견해도 존재한다. 이러한 견해는 통설 및 판례의 입장에 대해, 스스로 무자력을 초래한 채무자의 악의는 추정하지 않으면서 수익자 및 전득자에 대해서 악의를 추정하는 것은 합리적인 이유없이 이들을 차별하는 것이며, 수익자 및 전득자는 정상적인 거래관계에 있어서도 사해성에 대해 항상 예의주시고 조사하여야 하는 부담을 안고 있어 이들의 지위를 지나치게 불안하게 만들고 거래비용을 불필요하게 증대시킨다고 비판한다.⁷⁷⁾

Ⅲ. 민법개정안 및 검토

민법개정안 제406조 ①항은 “채무자가 채권자를 해함을 알면서 재산권을 목적으로 한 법률행위를 하고 그 행위로 이익을 받은 자가 그 행위당시에 채권자를 해함을 안 경우에는 채권자는 그 취소를 법원에 청구할 수 있다.”라고 하여 현재의 법문과 달리 규정형식상 수익자 및 전득자의 악의에 대한 입증책임을 원칙적으로 취소채권자에게 부담시킨 것으로 보인다. 개정취지와 관련해 생각해보건대, 기존 우리 대법원 판례와 상치되지만, 수익자 및 전득자의 주관적 상태에 대한 입증책임을 정함에 있어서 취소채권자측에 입증책임을 지우는 것이 여러 국가의 일반적 경향임을 고려한 개정으로 보인다.⁷⁸⁾ 아울러, 채권자취소권소송이 민사소송에서 차지하는 비중이 매우 높고, 대법원 판례가 수익자 및 전득자의 악의 추정을 번복하는데 신중한 입장을 보임에 따라 수익자 및 전득자의 이익이 심히 훼손되고 있다는 개정위원회의 의중이 반영된 것이라 생각된다. 구체적으로, 채권자취소제도는 취소채권자의 채권보호와 수익자 및 전득

77) 전원열(주 29), 220면.

78) 윤진수/권영준(주 2), 510면.

자의 기대이익이 균형을 이루어야 하는 제도임에도 위와 같은 이유로 취소채권자의 보호에 지나치게 치중해있다고 판단해 수익자 및 전득자의 악의에 대한 입증책임의 주체에 관련해 기존의 대법원 판례와 상치되는 개정안을 마련한 것으로 보인다.

아울러, 민법개정안 제406조의 ②항은 “수익자가 채무자와 친족이나 그 밖의 특별한 관계에 있는 자인 때에는 수익자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 안 것으로 추정한다.”라고 하여 거래당사자인 채무자와 수익자 및 전득자의 관계가 구분됨을 전제로, 이들이 특별한 관계가 있을 시에는 입증책임을 전환하여 수익자 및 전득자에게 그 책임을 부담시켰다. 또한 민법개정안 제406조의2는 “채무자의 무상행위 또는 이와 동일시할 수 있는 유상행위가 채권자를 해하는 때에는 채무자나 수익자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에도 그 취소를 청구할 수 있다.”라고 하여 사해행위가 무상행위인 경우에는 채권자취소권 행사의 요건으로 수익자 및 전득자의 악의를 요구하지는 않는다는 내용을 명시하였다.

우선, 생각건대, 취소채권자에게 원칙적으로 수익자 및 전득자의 악의에 대한 입증책임을 부담시킨 개정안에 찬동하는 바이다. 채권자취소권은 본래 ‘유효한’ 법률행위를 취소하여 채권자의 채권만족을 위하여 채무자에게 일출재산을 환원시키는 제도인바, 그 본질상 채무자의 거래 상대방보다는 취소채권자를 우선하여 보호하고자 하는 제도임은 틀림없다. 하지만, 채권자취소권은 이와 같이 취소채권자에게 예외적으로 인정된 제도이기 때문에 그 행사요건은 엄격히 인정되어야 한다. 하지만, 현재 우리 판례는 수익자 및 전득자의 악의를 추정하여 그 번복을 인정하는데 매우 엄격한 입장인 바, 이에 따라 본 권의 행사에 의해 침해될 수밖에 없는 채무자의 재산처분의 자유, 거래의 안전, 수익자의 기대이익 등에 대한 고려가 지나치게 무시되는 경향이 있다고 본다. 아울러, 헌법재판소는 “직접적인 거래당사자가 아닌 취소채권자가 수익자 및 전득자의 주관적인 인식상태에 대해 입증하기는 매우 어려울 것이므로 이에 대한 입증책임을 취소채권자에게 부담시키는 것은 이들의 지위를 지나치게 불리하

게 만들 수 있다”라고 하는데, 주관적 인식상태에 대한 입증은 일반적으로 ‘적극적 증명’, 즉 어떠한 사실을 알고 있었다는 ‘악의’에 대한 증명으로 이루어져야 하기 때문에 채권자취소권에서의 수익자 및 전득자의 주관적 인식상태에 대한 입증도 위와 같은 원칙이 적용되어야 한다고 본다. 채무자가 행한 법률행위가 사해행위라는 사실을 알았다는 것에 대한 입증은 해당 사해행위를 몰랐다는 것에 대한 입증보다 훨씬 수월하게 이루어질 것이기 때문에, 취소채권자에게 상대방의 악의를 입증케하는 것은 지나치게 과중한 부담은 아닐 것이다. 오히려 수익자 및 전득자에게 자신의 선의를 입증하게 하는 것이 취소채권자만을 지나치게 보호하는 것으로 형평과 공평을 목적으로 하는 채권자취소권 제도의 취지에 맞지 않다고 생각된다.

또한, 우리 판례는 채무자의 주관적 인식상태에 대한 입증을 취소채권자에게 부담시키고 있는바, ‘입증의 수월성’ 측면에서도 수익자 및 전득자의 주관적 인식상태에 대해 취소채권자가 입증책임을 부담하여야 한다고 본다. 이에 대해서는, 취소채권자는 채무자에 대해 채권을 가지고 있고 특히나 무자력 상황에 직면한 채무자의 재산상태에 대해서는 더 예의주시하고 있을 것이기 때문에 채무자의 악의에 대해 취소채권자가 입증을 하는 것은 아무런 관계도 없는 수익자 및 전득자의 악의에 대해 입증하는 것보다 훨씬 용이할 것이라는 측면에서 채무자와 수익자 및 전득자간에 차등을 두어야 한다는 반박이 가능하다. 하지만, 위에서 살펴본 바와 같이, 수익자 및 전득자의 악의에 대한 입증책임을 취소채권자에게 부담시키는 것이 지나치게 큰 부담이라고 할 수 없을뿐더러, 수익자의 악의에 대한 입증과 채무자의 악의에 대한 입증이 서로 별개의 문제는 아니라고 본다. 채무자의 악의에 대한 입증은 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 둘러싼 여러 제반 사정들, 예컨대, 계약을 맺은 계기, 채무자의 자력상황, 일출재산의 특성, 채무자에게 반대급부로 행해진 목적물의 가치 등 객관적 사실들에 대한 입증에 의해 간접적으로 이루어질 것이고, 이와 같은 제반사정들은 곧 수익자 및 전득자의 악의에 대한 입증문제와도 직결되는 것이라고 할 수 있기 때문이다. 요컨대, 수익자에 대한

입증책임을 취소채권자가 부담하는 것은 어떠한 사실을 알고 있다는 적극적 인식, 즉 ‘악의’를 입증한다는 측면에서, 나아가 채무자의 사해의사에 대한 입증책임과 직결되는 문제라는 점에서 지나치게 무거운 부담은 아닐 것이다.

다음으로, 민법개정안이 채무자와 수익자 및 전득자의 관계를 구분하여 이들이 특별한 관계에 있을 때의 경우를 나누어 고려한 것은 바람직하다고 본다. 무자력이거나 무자력에 직면한 채무자가 자신과 특별한 관계가 있는 제3자와 행한 거래는 아무런 관계가 없는 제3자와의 거래와 비교해 보았을 때, 채권자의 강제집행을 회피하기 위하여 책임재산을 일출하려는 의도에서 이루어진 행위일 가능성이 더 높다. 예를들어, 채무자가 무자력인 상황에서 부인이나 자식에게 책임재산이 이전되었다면, 이는 거래관념에 부합하는 정상적인 계약관계에 따른 거래라기보다는 채권자의 강제집행을 면탈할 목적으로 이루어졌을 가능성이 농후할 것이다. 그렇기에, 이와 같이 채무자와 수익자가 특별한 관계가 있을 시에는 수익자의 악의를 추정하여 수익자로 하여금 자신의 선의를 입증토록 하는 것이 바람직하다고 본다.

다음으로, 민법개정안이 사해행위가 무상행위인 경우 수익자 및 전득자의 악의요건을 배제한 것은 바람직하다고 본다. 현재 여러 국가에서는 이와 같이 행위유형을 구분하여 재산의 일출이 무상으로 이루어지면 수익자 및 전득자가 선의인 경우에도 취소채권자의 채권자취소권 행사를 긍정하고 있다.⁷⁹⁾ 채무자가 무자력인 경우에 아무런 대가없이 책임재산을 일출하는 것은 취소채권자 및 채무자의 일반채권자의 채권추심을 사실상 불가능하게 하는 것으로 이와 같은 행위는 그 외 요건이 갖추어진다면 취소권 행사를 할 수 있다고 보는 것이 채권자취소권 제도의 취지에 부합할 것이다.

요컨대, 수익자 및 전득자의 주관적 인식상태에 대한 입증책임의 분배와 관련해서는, 위 민법개정안과 같이, 원칙적으로 취소채권자에게 부담시키되 채무자와 수익자가 특별한 관계가 있거나 해당 사해행위가 무상

79) 윤진수/권영준(주 2), 513면.

행위일 때 차등을 두어 취급하는 것이 바람직하다고 본다. 수익자 및 전득자에 대한 악의의 입증책임을 원칙적으로 취소채권자에게 부담시킴으로써 예외적으로 인정된 채권자취소권 제도를 엄격한 요건하에 행사되도록 할 수 있고, 당사자간 관계 및 사해행위의 유형에 따른 특별규정을 둠으로써 취소채권자를 포함한 일반채권자와 수익자 및 전득자, 양 자에 대한 보호를 균형있게 이룰 수 있다고 본다. 이는, 결국, 채권자취소권은 취소채권자, 일반채권자, 채무자, 수익자 및 전득자의 복잡한 이해관계가 얽혀있는 상황에서 행사되기 때문이다.

제 3 절 채권자평등주의와 상대적효력설의 관계

상대적효력설은 본래 우리 민법 제407조와 같은 규정이 존재하지 아니하여 취소채권자에게 우선적인 만족권을 부여하는 독일과 프랑스와 같은 서구국가에서 통용되던 이론이다.⁸⁰⁾ 즉, 취소채권자만이 독점적인 만족을 얻는다고 한다면 취소의 효력은 구태여 다른 채권자 및 제3자에까지 미치게 할 필요가 없고 소송당사자 사이에만 유효하다고 보면 되기 때문에, 상대적효력설은 이와 같이 그 효력범위를 최소화하여 수익자의 기대이익과 거래안전을 보호하는데 중요한 역할을 하였던 것이다.⁸¹⁾ 하지만 우리나라는 취소와 원상회복이 모든 채권자의 이익을 위하여 효력이 있다는 민법 제407조를 두어 채권자취소권의 일반적 효력으로 채권자평등주의를 명시적으로 규정하고 있는바, 취소효력을 받는 인적범위와 관련하여 채권자평등주의와 상대적효력설 간 모순이 존재한다는 견해가 있다.⁸²⁾ 즉, 상대적효력설에 따르면 취소의 효력은 소송당사자인 취소채권자와 수익자 및 전득자 사이에서만 유효한 반면, 채권자평등주의에 따르면 그 효력은 취소채권자 뿐만 아니라 채무자의 일반채권자까지 확대

80) 이우재(주 69), 179면.

81) 이우재(주 69), 179면.

82) 편집대표 김중환, (주식)채권총칙(上), 한국사법행정학회, 1984, 448면. (김육곤 집필부분); 임소연, “사해행위취소의 상대적 효력과 민법 제407조에 관한 연구”, 「법학연구」 제21권, 인하대학교 법학연구소, 2018, 52면.

되므로 위 양자의 효력범위는 충돌된다는 것이다.⁸³⁾ 생각건대, 취소효력이 ‘모든 채권자’에게 미친다고 보는 채권자평등주의는 그 효력이 특정인 사이에만 발생한다고 보는 ‘상대적효력설’보다는 채무자를 포함한 모든 이들에게 미친다고 보는 ‘절대적효력설’이 더 논리적으로 부합하다고 생각한다. 채무자에게도 취소효력이 미쳐 사해행위의 법률효과가 절대적으로 무효가 된다고 보면 취소채권자를 포함한 일반채권자들도 당연히 이와 같은 취소효과를 원용할 수 있기 때문이다. 비교법적으로 고찰해보더라도, 우리나라와 일본을 제외하고는 거의 모든 국가에서 상대적효력설에 의해 채권자취소권 제도를 운용할 뿐 채권자평등주의를 따로 규정하고 있지 않다. 아울러, 일본은 2016년도에 이루어진 채권법 개정에 따라 채권자평등주의를 유지하면서도 상대적효력설을 폐기하고 절대적효력설을 취한 바 있다. 그렇기에, 상대적효력설과 채권자평등주의를 함께 규정하고 있는 국가는 우리나라가 유일하다고 할 수 있다. 하지만, 채권자평등주의가 절대적효력설과 논리적으로는 더 어울린다고는 보지만, 상대적효력설과 채권자평등주의가 양립할 수 없는 원칙이라고는 생각하지 않는다. 나아가, 채권자취소권 제도의 목적 및 취지에 비추어보더라도 양 원칙의 공존은 정당화될 수 있다고 판단된다. 이하에서는, 민법 제407조의 실질적 의미, 상대적효력설과의 관계, 이와 관련한 학설을 논의해보고자 한다.

제 4 절 민법 제407조 해석론 - 상대적효력설과의 관계를 중심으로

I. 서설

상대적효력설은 취소의 효력을 소송당사자 관계에만 인정하는 반면 우리 민법 제407조는 “취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여

83) 임소연(주 82), 52면.

효력이 있다.”라고 규정하는 바, 양 효력상 원칙의 관계를 설명하기 위해 다양한 견해가 등장하였다.⁸⁴⁾ 각각의 해석론에 따라 민법 제407조의 의미 및 상대적효력설과의 관계, 취소채권자와 일반채권자의 관계가 다르게 파악되기에 각 해석론에 따른 논의를 구체적으로 살펴보도록 하겠다.

II. 학설

1. 소극설(이념적 선언설)

이 설은 민법 제407조는 상대적효력설과 효력면에서 상치되고 단지 채권자평등주의 이념을 선언한 정도에 불과하여 반드시 지킬 필요가 없다는 견해이다.⁸⁵⁾ 즉, 자신의 노력과 비용을 들여 취소소송을 제기하고 승소판결까지 받아낸 취소채권자를 다른 일반채권자와 동일하게 볼 수는 없다는 입장으로, 취소효력은 원칙적으로 취소채권자에게만 미친다고 본다.⁸⁶⁾ 이에 따라, 원상회복의 방법으로 가액배상이 이루어졌을 시 취소채권자가 상계권의 행사를 통해 사실상 우선변제를 받는 것은 당연한 귀결이라 보고, 단지 주의적 규정에 머무는 민법 제407조는 궁극적으로 삭제되어야 한다고 주장한다.⁸⁷⁾

2. 기관력 확장설

민법 제407조는 기관력의 상대성 원칙을 정한 민사소송법 제218조 제1항 규정의 예외로서, 본 조는 사해행위취소의 효력을 소송 당사자 이외의 모든 채권자에게 미치게 하기 위한 규정이라는 주장이다.⁸⁸⁾ 즉, 사해

84) 정다영, “채권자취소권 행사의 효과에 관한 연구 - 대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다217980 판결을 중심으로-”, 『최신판례분석』 66권 6호, 법조협회, 2017, 717면.

85) 김증한/김옥곤(주 82), 448면.

86) 정다영(주 84), 717면.

87) 김증한/김옥곤(주 82), 448면.

88) 서광민, “채권자취소권의 법적구성”, 고시계 4월호, 1993, 72면; 소극설을 직접적으로 주장하는 국내의 학자는 발견하지 못하였고, 다만 본 설은 위 본문에서 설명한 바와 같이 보통 국내에 소개되어 있는 것으로 보인다.

행위취소는 원칙적으로 상대효를 가지므로 취소채권자와 상대방인 수익자와 전득자 관계에만 미치는데, ‘기관력 확장’을 규정한 본조에 의하여 그 효력의 범위가 모든 채권자에게 확대되고 이에 따라 ‘채권자평등주의 원칙’을 실효성 있게 고수할 수 있다는 것이다.⁸⁹⁾ 이 견해는 상대적효력설과 채권자평등주의를 ‘기관력 확장’이라는 소송법상 매개를 통하여 모순없이 해석하였다는데 의의가 있다.

3. 실체적 형성력설(취소효과설)

이 설은 사해행위취소의 효력이 소송당사자뿐만 아니라 다른 채권자에게도 미치는 근거를 ‘소송법상의 기관력이론’에서 찾지 아니하고, ‘취소 판결 그 자체가 갖는 실체적 형성력’에서 찾는다.⁹⁰⁾ 즉, 사해행위 취소는 일반 법률행위에서의 취소와 동일하게 소급효, 대세효의 실체적 형성력이 있기 때문에 취소의 효력이 미치는 범위는 소송 당사자에 국한되지 아니하고 제3자에게도 미친다는 것이다.⁹¹⁾ 이에 따르면, 취소채권자 뿐만 아니라 채무자의 일반 채권자도 사해행위 취소 이익의 향유자로서 강제집행 절차에서 배당요구 등을 통해 스스로의 채권을 만족시킬 수 있게 된다. 사해행위취소의 법적성질과 관련한 학설과 관련해 검토해보면, 이 설은 ‘사해행위의 취소’를 ‘일반 법률행위에서의 취소’와 동일하게 보는 점에서 ‘물권설’ 및 ‘신물권설’과 유사하고, 취소의 효력이 미치는 인적범위와 관련해 소송 당사자 뿐만 아니라 채무자 및 채무자의 일반채권자에게도 그 효력이 미친다는 점에서 ‘절대적 효력설’과도 일맥상통한다.

4. 평등주의선언설(공동담보선언설)

이 설은 민법 제407조는 강제집행에 적용되는 채권자평등주의가 채권자취소권에서도 적용됨을 명시적으로 밝힌 규정이라고 한다.⁹²⁾ 우리나라

89) 이계정(주 36), 464면.

90) 이은영(주 8), 482면.

91) 이은영(주 8), 482면.

민사집행법은 우선권을 가지고 있는 채권자를 제외한 나머지 일반 채권자가 배당요구의 종기인 첫 매각기일 이전까지 배당요구를 하면 이들을 평등하게 취급하는 (제한적) 평등주의를 택하고 있는데⁹³⁾, 앞에서 서술한 것처럼 이러한 사실이 논리필연적으로 채권자취소권 제도에 평등주의가 관철되어야 함으로 이어지는 것은 아니다.⁹⁴⁾ 채권자취소권 제도가 강제집행의 준비단계로서 그 의의가 있지만 두 제도는 엄밀히 별개의 제도이기 때문이다. 그렇기에, 본 설은 강제집행에 적용되는 채권자평등주의가 채권자취소권에도 동일하게 적용되기 위해서는 제407조와 같은 규정이 별도로 규정되어 있어야 한다고 본다.

나아가 본 설은 민법 제407조는 사해행위취소판결 그 자체의 효력을 정하기 위한 것이 아니라 취소판결의 결과 채무자에게 원상회복된 책임재산에 대한 효력을 정하기 위한 규정이라고 한다.⁹⁵⁾ 즉, 취소판결의 효력과 복귀한 책임재산에 대한 효력을 구분해서, 취소 판결 자체는 상대적 무효설에 따라 소송의 당사자인 취소채권자와 수익자 및 전득자에게만 그 효력이 미치지만, 일단 책임재산이 채무자에게 환원된다면 그 효력은 모든 채권자에게 미쳐 그 재산의 강제집행에 취소채권자 뿐만 아니라 일반 채권자들도 참여할 수 있고, 후자와 관련해 민법 제407조는 이를 선언한 규정이라고 한다. 나아가 채권자취소 판결은 강제집행을 전제로 하는 것으로 결국 강제집행에 의한 이익의 분배로 이어지기 때문에 취소 판결의 효력은 궁극적으로 모든 채권자에게 미친다하고 이런 점에서 본 설이 상대적무효설과 채권자평등주의를 가장 조화롭게 해석한 학설이라는 평가가 존재한다.⁹⁶⁾ 아울러, 본 설의 입장에서는, 우리 판례도 이와 같이 ‘취소판결 그 자체’와 ‘환원된 책임재산’에 적용되는 원칙을 구분하여 판시를 내리고 있다고 한다. 다음의 두 판례를 통해 본 설의 입

92) 이계정(주 36), 472면.

93) 김경욱, “민사집행에 있어서 압류채권자에 한 평등주의와 우선주의”, 『민사집행법연구』 제8권, 한국사법행정학회, 2012, 115면.

94) 전원열(주 29), 281면; 예컨대, 프랑스는 강제집행법상 채권자평등주의를 채택하면서도 채권자취소권에서는 취소채권자 우선주의를 취하고 있다.

95) 이계정(주 36), 472면.

96) 이계정(주 36), 474면.

장을 구체적으로 살펴보도록 하겠다.

대법원은 취소 자체의 효력과 관련⁹⁷⁾해서는 “사해행위 취소의 효력은 채무자와 수익자의 법률관계에 영향을 미치지 아니하고 사해행위 취소로 인한 원상회복 판결의 효력도 소송의 당사자인 채권자와 수익자 또는 전득자에게만 미칠 뿐 채무자나 다른 채권자에게 미치지 아니하므로, 어느 채권자가 수익자를 상대로 취소 및 원상회복으로 소유권이전등기의 말소를 명하는 판결을 받았으나 말소등기를 마치지 아니한 상태라면 소송의 당사자가 아닌 다른 채권자는 위 판결에 기하여 채무자를 대위하여 말소등기를 신청할 수 없다.”라고 판시한 반면 원상회복된 재산에 대한 효력과 관련⁹⁸⁾해서는 “어느 한 채권자가 동일한 사해행위에 관하여 사해행위 취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로는 그 후에 제기된 다른 채권자의 동일한 청구가 권리보호의 이익이 없게 되는 것은 아니다. 그러나 확정된 판결에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에는 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다.”라고 판시하였다. 본 설의 입장에서 두 판례를 분석해보면, 대법원은 취소판결 자체는 상대적효력설에 따라 당사자 사이에만 효력이 있지만, 그 확정판결에 따라 재산의 회복이 마쳐진다면 민법 제407조에 따라 채권자평등주의가 적용되어 채무자의 일반채권자도 채권의 만족을 얻을 수 있다는 입장이라고 파악한다.⁹⁹⁾ 즉, 본 설은 취소판결 자체와 원상회복된 재산에 대해 적용되는 효력상의 원칙이 상이함을 전제로, 대법원도 이와 같은 입장에서 판시를 내리고 있다고 본다.

III. 검토

소극설은 사해행위 취소의 효력과 관련하여 ‘상대적효력설’에 지나치게 치중한 나머지 민법 제407조가 명문으로 규정되어 있고 채권자취소권

97) 대법원 2015. 11. 17. 선고 2013다84995 판결

98) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다91398 판결

99) 임소연(주 82), 54면.

효력과 관련해 중요한 조문임에도 이를 등한시하고 있다. 아울러, 이 설이 주장하는 바와 같이 동조를 소극적으로 적용하거나 혹은 폐지해야 된다는 것은 입법론으로는 몰라도 해석론으로는 받아들이기 힘들다.

기관력 확장설은, 실체법과 절차법은 명확히 구별됨에도 실체법인 민법규정에서 절차법 이론인 기관력 확장의 근거를 도출하고 있어 이론상 문제가 있다는 비판이 제기된다.¹⁰⁰⁾ 하지만, 이는 적절한 비판이 아니라고 본다. 왜냐하면, 실체법과 절차법이 구분되어 있는 것은 맞지만, 판결의 효력이 미치는 인적범위와 관련해서 반드시 민사소송법 등 절차법에 규정할 필요는 없기 때문이다. 다만, 기관력은 그 개념상 실체법상 효력을 확장시키는 것이 아니기 때문에,¹⁰¹⁾ 민법 제407조 의미를 굳이 기관력의 ‘예외’라 상정하여 설명할 실익은 없다고 판단된다.

실체적 형성력설은 취소에 절대효를 부여함으로써 기존의 법률관계를 필요 이상으로 해소하여 거래의 안전 및 채무자의 재산처분 자유를 지나치게 침해한다.¹⁰²⁾ 이는 대법원이 그 이론적인 난해함에도 불구하고 일관되게 상대적효력설을 취함으로써 채권자취소권 행사를 목적 범위내로 최소화하여 위와 같은 가치를 균형있게 보호하려는 노력을 무산시키는 것이다. 궁극적으로 사해행위 취소는 여러 이해관계인의 이해가 복잡하게 얽혀있는 상황에서 유효하게 이루어진 법률행위에 대해 행사되는 것이기 때문에, 취소채권자의 이익과 사해행위취소권 행사에 의해 침해되는 거래의 안전 및 제3자의 이익 사이에서 조화를 이루어야하고 한 쪽에 지나치게 치우쳐서는 안 된다. 그렇기에, 본 설은 채권자취소권의 효력범위를 지나치게 확장하는 것이기 때문에 수용하기 어렵다고 본다. 아울러, 본 설은 사해행위의 취소로 인한 효력에 소급효를 전제하고 있는데, 판례는 채권자취소권의 효력으로서 ‘소급효’를 부정하고 있기 때문에 기존의 우리 판례¹⁰³⁾와도 일관되지 않다.

평등주의선언설이 주장하는 것처럼 민법 제407조는 강제집행상 원칙

100) 이계정(주 36), 464면.

101) 정다영(주 84), 719면.

102) 정다영(주 84), 710면.

103) 대법원 2007. 4. 12. 선고 2005다1407 판결.

인 채권자평등주의가 채권자취소권에도 동일하게 적용됨을 선언한 규정이라는 입장에 찬동한다. 사해행위취소 제도와 강제집행 제도가 서로 밀접한 관련을 가지고 있지만, 강제집행에서 채권자평등주의를 취하고 있다고 하여 채권자취소권에도 이와 같은 원칙이 반드시 관철된다고 볼 수는 없기에 후자에도 채권자평등주의 원칙을 적용하기 위해서는 민법 제 407조와 같은 별도의 규정이 필요하기 때문이다.¹⁰⁴⁾

하지만, 평등주의선언설이 주장하는 바와 같이, 상대적효력설과 채권자평등주의가 그 효력의 측면에서 각각 전자는 취소 판결 자체에, 후자는 회복후의 책임재산에 구분되어 적용된다는 입장¹⁰⁵⁾에는 동의할 수 없다. 생각건대, 본 설은 취소의 효력을 받는 인적범위와 관련하여 상대적효력설과 채권자평등주의는 일견 상충된다고 전제하고 논의를 진행하는 것¹⁰⁶⁾으로 보인다. 하지만, ‘상대적효력설’은 채무자의 책임재산의 보전에 필요하고도 충분한 범위 내에서 취소소송의 상대방인 수익자 또는 전득자에 대한 관계에서만 사해행위를 무효로 하기 위한 원칙인바, 이에 따르더라도 취소효력을 받는 인적범위에 채무자의 일반채권자가 배제되어야 하는 것은 아니다. 즉, 채권자취소권 행사의 효력은 원고인 취소채권자 및 채무자의 일반채권자와 취소소송의 상대방인 수익자 및 전득자 사이에 미친다는 의미로 상대적효력설과 채권자평등주의는 조화될 수 있다고 본다. 나아가, 양 원칙은 채권자취소 판결 그 자체부터 원상회복이 이루어진 후 강제집행에 이르는 전 단계에 걸쳐 조화롭게 적용되어야 한다고 본다. 이는 결국, 채권자평등주의와 상대적효력설의 취지에서 알 수 있듯이 취소채권자를 포함한 채무자의 모든 채권자의 채권을 평등하게 만족시키되 수익자의 이익, 거래의 안전, 채무자의 재산처분의 자유를 고려하여 그 필요한 최소한의 범위로 제한하기 위함일 것이다. 따라서, 판례¹⁰⁷⁾가 “채권자가 사해행위 취소의 소를 제기하여 승소한 경우 취소의

104) 정다영(주 84), 716면.

105) 앞서서도 밝혔지만, 평등주의선언설도 채권자취소권은 강제집행을 전제로 하기 때문에 취소의 효력은 결국 모든 채권자에게 미친다는 입장을 취한다. 하지만, 애초에 ‘취소판결 자체’와 ‘원상회복된 재산’에 적용되는 원칙이 상이함을 그 전제로 하는바, 본 목차에서 이에 대한 비판적인 사건을 밝히도록 하겠다.

106) 임소연(주 82), 52면.

효력은 민법 제407조에 따라 모든 채권자의 이익을 위하여 미치므로 수익자는 채무자의 다른 채권자에 하여도 사해행위 취소로 인한 소유권이전 등기의 말소등기의무를 부담한다”라고 하여, 취소판결 자체에도 채권자평등주의가 적용된다는 취지로 판시한 것은 바람직하다고 판단된다.

요컨대, 민법 제407조는 채권자취소권에도 강제집행법상 채권자평등주의가 적용됨을 선언한 규정이고, 상대적효력설과 채권자평등주의는 취소판결부터 강제집행에 이르기까지 전 과정에 걸쳐 조화되어 적용되는 원칙이라 하겠다.

제 5 절 채권자평등주의와 상대적효력설이 문제된 구체적 판례사안 검토

1. 대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다217980 판결 - 채무자에게 원상회복된 재산을 처분하였을 시 법률관계

1. 사실관계

2008. 2. 14. 채무자 B가 이 사건 부동산을 C에 매도하고 소유권이전등기를 경료하자, B의 소외 채권자들이 위 매매계약의 취소 및 원상회복을 구하는 소를 제기하여 승소하였고, 이에 2010. 7. 28. 소유권이전등기가 말소되었다. 말소당일, 채무자 B는 피고 D에게 이 사건 부동산을 매도하고 소유권이전등기를 경료하였으며, 이후 2012. 2. 24. 피고 D로부터 피고 E 앞으로, 다시 2012. 7. 5. 피고 E로부터 피고 F앞으로 각 소유권이전등기가 마쳐졌다.

이에 채무자 B에 대하여 채권을 가진 원고 A(일반채권자)는 피고 D, E, F를 상대로 그들 앞으로의 각 소유권이전등기의 말소를 청구하였다.

107) 대법원 2015. 11. 17. 선고 2013다84995 판결.

2. 청구취지

원고는 다음을 이유로 피고들에 대하여 소유권이전등기 말소의 소를 제기하였다.

- (1) 사해행위취소의 상대적효력으로 인하여 채무자와 수익자 사이에서 사해행위는 여전히 유효하고 해당 목적물에 대한 소유권은 수익자가 보유하고 있기 때문에, 채무자가 목적물을 제3자에게 처분한 것은 무권리자의 처분행위로서 무효이다. 따라서, 채무자로부터 전전 양수한 피고들 명의의 소유권이전등기도 모두 무효이다.
- (2) 이에 ① 원고는 채무자 B를 대위하여 피고들을 상대로 채무자 B의 소유권에 기한 방해배제청구권을 행사한다. ② 원고는 민법 제407조에 따라 사해행위취소 및 원상회복의 효력을 받는 일반채권자로서, 피고들을 상대로 직접 이 사건 부동산에 마쳐진 원인무효의 소유권이전등기의 말소를 구한다.

즉, 피고 명의의 소유권이전등기를 무효라 주장하며, 대위청구로서 또는 직접청구로서 피고 명의의 이전등기의 말소를 구하였다.

3. 소송의 경과

제1심 및 제2심은 선행 사해행위취소의 효력이 확정되어도 채무자 B와 수익자 C 사이의 사해행위는 유효하고 이에 소유권은 여전히 수익자 C에게 있기 때문에 채무자 B는 피고에 대하여 소유권에 기한 방해배제청구권의 행사로서 말소청구를 할 수 없다고 보았다. 결국, 원고 A가 대위할 권리가 없으므로 대위청구는 받아들일 수 없다고 판단하였다.

다음으로, 원인무효 등기에 대한 말소등기청구권은 소유권에 기한 방해배제청구권으로서의 성격을 가지는데, 원고는 이 사건 부동산의 소유

자가 아니라 단지 이 사건 부동산에 대해 추후 진행되는 강제집행절차에 참여하여 채권의 만족을 얻을 수 있는 일반채권자에 지나지 아니하므로, 피고들에 대하여 소유권에 기한 말소등기청구권을 직접 행사할 수 없다고 판단하였다.

4. 대법원 판시사항

대법원은 상대적효력설에 따라 피고에게 이전된 등기는 원인무효라 전제하고¹⁰⁸⁾, 원심과 동일한 논리로 대위청구를 부정한 반면 직접청구는 긍정하였다. 구체적인 판시사안을 보면 다음과 같다.

“채무자의 사해행위취소로 그 등기명의를 회복한 부동산을 제3자에게 처분하더라도 이는 무권리자의 처분에 불과하여 효력이 없으므로, 채무자로부터 제3자에게 마쳐진 소유권이전등기나 이에 기초하여 순차로 마쳐진 소유권이전등기 등은 모두 원인무효의 등기로서 말소되어야 한다. 이 경우 취소채권자나 민법 제407조에 따라 사해행위 취소와 원상회복의 효력을 받는 채권자는 채무자의 책임재산으로 취급되는 그 부동산에 대한 강제집행을 위하여 위와 같은 원인무효 등기의 명의인을 상대로 그 등기의 말소를 청구할 수 있다고 보아야 한다.”

108) 권영준, 등기의 공신력 - 1957년, 그리고 2011년 -, 법조 제60권 10호, 「법조협회」, 2011, 69면에서 필자는, 우리나라 등기제도에 공신력을 인정하는 것이 바람직하다고 주장한다. 등기제도에 공신력을 인정하게 되면, 본 판례사안에서 채무자에게 원상회복된 재산을 제3자에게 처분하였을 때 상대적효력설에 따르면, 제3자가 선의라면 해당 재산의 적법한 소유권을 취득하게 될 것이다. 생각건대, 이와 같이 보는 것이 형평에 부합하다고 본다. 왜냐하면, 현 등기제도의 공신력을 인정하지 않는 법제상황에 따르면 채무자로부터 원상회복된 재산을 취득한 제3자는 선의여부에 관계없이 항상 그 권리가 인정되지 않는 반면, 수익자로부터 목적물을 취득한 전득자의 경우에는 민법 제406조에 따라 선의인 경우에는 해당 목적물의 적법한 소유권을 취득할 수 있게 되어 양자를 불합리하게 차별하게 되기 때문이다. 그렇기에, 등기의 공신력을 인정하는 것이 채권자취소권의 적용에 있어 공평과 형평을 도모할 수 있는 하나의 방안이 될 수 있을 것이라 생각한다. 하지만, 본 판례사안에서의 이와 같은 논점이 본 논문의 전체적인 요지와는 크게 연관되어 있지 않기 때문에 이에 대한 구체적인 논의는 생략하도록 하겠다.

이처럼, 대법원은 ‘강제집행을 위하여’ 일반채권자인 원고 A의 말소청구권을 인정하였지만, 그 구체적인 논거를 제시하지는 않았다.

5. 검토

상대적효력설에 따르면, 채권자취소권이 행사되더라도 채무자와 수익자 사이에서 법률행위는 계속 유효하고, 이에 따라 목적물의 명의가 채무자에게 이전된다고 하더라도 소유권은 여전히 수익자에게 유보되어 있다. 따라서, 채무자가 명의가 자신에게 이전되었다는 것을 기화로 제3자에게 부동산을 이전하는 것은 무권리자의 처분행위로서 무효이다. 아울러, 본 사안에서 원고는 채무자의 일반채권자로, 명문으로 규정되어 있는 제407조에 의해 취소효력을 받아 회복된 재산에 대해 추후 이루어지는 강제집행절차에 참여해 채권의 만족을 얻을 수 있는 자이다. 이와 같은 일반채권자가 채무자로부터 일출재산을 확보한 제3자에 대해 구제방안을 행사할 수 있는지, 행사할 수 있다면 구체적으로 어떤 방식으로 행사할 수 있는지 문제가 되었다.

우선, 대법원은 원고가 취소채권자가 아닌 일반채권자임에도 민법 제407조에 의해 취소효력을 받는 채권자로 전제하였다. 아울러, 상대적효력설에 따라 채무자가 원상회복된 재산을 제3자에게 처분하는 것은 무권리자의 처분행위로서 무효로 보고, 원고인 일반채권자는 제3자에 대하여 말소청구를 할 수 있다고 판시하였다. 이와 같은 대법원의 입장을 검토해보건대, 대법원은 채무자에게 일출재산이 원상회복된 후에도 채권자취소권의 효력으로서 채권자평등주의 뿐만 아니라 상대적효력설이 같이 적용됨을 전제로 이론구성을 하고 있음을 알 수 있다. 즉, 앞서 서술하였던 것처럼, 채권자평등주의와 상대적효력설은 이와 같이 채무자에게 재산이 회복된 후에도 조화되어 적용되는 효력상 원칙이라 하겠다. 아울러, 구체적인 판시사항을 보건대, 원고인 일반채권자에게 제3자에 대한 말소청구를 인정하고 있음에도 그 구체적인 근거는 제시하고 있지 않고 있

다. 이에 대해서는, 상대적효력설을 이론적으로 견지하는 이상, 일반채권자에게 소유권에 기반한 말소청구권을 인정하기는 어렵기 때문에 일반채권자를 보호하기 위한 법정책적인 결단에 의한 판시¹⁰⁹⁾라고 판단된다.

II. 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다49532 판결 - 취소채권자와 수익자의 고유채권자 간 우열관계

1. 문제제기

채권자자취소권 제도는 강제집행의 준비단계로서 의미가 있고, 민법 제407조에 따른 채권자평등주의는 채권자취소소송에 후속하는 강제집행 절차에서의 배당요구를 통해 달성되는 것이기에 우선적으로 취소채권자의 수익자 및 전득자를 상대로 한 채권자취소소송에서의 승소판결이 전제되어야 함은 앞서 살펴본 바와 같다. 본 대상판결은 채권자평등주의와 상대적효력설이 동시에 문제되는 사안에 대한 것은 아니지만, 상대적효력설에 따라 취소채권자의 사해행위 취소권 행사 자체를 일정부분 부정하고 이에 따라 해당부분에 대해서는 채권자평등주의가 달성될 여지조차 남기지 않은 판결이기에 두 원칙의 관점에서 검토해볼 필요가 있다고 본다. 대상판결과 관련한 구체적인 학설은 본 논문의 전체적인 논지와 크게 연관되어 있지 않기에 생략하기로 하고, 집행조치를 한 수익자의 고유채권자의 법적지위에 관하여 다음과 같은 관점에서 순차적으로 검토해보고자 한다.

우선, 채권자취소권 제도는 채무자의 유효한 법률행위를 취소함으로써 채무자에게 일출재산을 회복시키기 위한 제도로, 그 자체에 취소채권자 및 일반채권자를 채무자 및 채무자와 거래한 수익자 및 전득자보다 우위에 두어 보호한다는 이념이 내포되어 있다고 볼 수 있다. 하지만, 그 행사가 무제한적으로 허용될 없는데, 우리 민법은 제406조 제1항 단서에

109) 전원열, '사해행위취소 후 복귀한 재산에 대한 채무자의 처분권 - 대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다217980 판결-', 「최신판례분석」 66권 6호, 법조협회, 2017, 388면.

“그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하여 채무자와 거래한 수익자 및 전득자를 보호하기 위하여 일정한 경우 취소채권자의 취소권이 제한될 수 있음을 밝히고 있다. 이는 결국, 채권자취소권 행사가 거래의 안전 및 채무자와 거래한 선의의 제3자를 보호하기 위한 이념에 의하여 제한될 수 있음을 보여주는 규정이라 할 수 있다. 하지만, 민법 제406조 제1항 단서는 ‘전득자’라고 규정한바, 이는 수익자와 새로운 법률관계를 맺은 자라고 할 수 있는데 새로운 법률행위를 한 것이 아니고 기존 채권의 보호를 위하여 압류, 가압류 등 집행행위를 한 수익자의 고유채권자가 본 단서규정에 의하여 보호될 수 있는지가 문제된다. 나아가, 민법 제406조 제1항 단서에 의하여 보호될 수 없다고 하더라도, 취소채권자의 취소권 행사 전에 집행행위를 한 수익자의 고유채권자가 민법 제407조에 규정되어 있는 ‘모든 채권자’의 범위에 포함될 수 있는지 문제가 된다. 이와 같은 관점에서 수익자의 고유채권자의 지위를 검토해 본 후, 취소채권자 및 일반채권자와의 궁극적인 우열관계를 규명해보고자 한다.

2. 판례

(1) 사실관계

본 건은 배당이의의 소송으로 사실관계를 개략적으로 살펴보면 다음과 같다. A는 한국주택은행에게 저당권이 설정되어 있는 이 사건 부동산에 관하여 B와 사이에 매매계약을 체결하고 그 소유권을 이전하였는바, 피고 대한민국(C)는 이 사건 부동산에 관하여 B에 대한 국세채납을 사유로 압류를, 피고 중소기업은행(D)는 B에 대한 채권을 피보전권리로 가압류를 하였으며 그 후, 이 사건 부동산에 관한 근저당권에 기한 경매절차에서 피고 C를 제3순위, 피고 D를 제4순위로 하여 매각대금을 배당하는 배당표가 작성되었다. 이 후, 원고가 B를 상대로 제기한 사해행위취소

소송에서 A와 B 사이의 이 사건 부동산에 관한 매매계약은 사해행위로 취소하고 가액배상으로 B는 원고에게 5,000만원 및 지연손해금을 지급하라는 판결이 선고되어 확정되었다.

(2) 원심판결

원고가 수익자인 B를 상대로 제기한 사해행위취소판결의 효력은 수익자와 사이에 새로운 법률행위를 하지 아니하여 이해관계인에 불과한 피고 C와 피고 D에게도 미친다고 전제한 다음, 그 사해행위 취소판결에 따라 취소 및 가액배상을 명한 5,000만원 한도 내에서는 원물반환이 실현된 것과 동일하게 채무자의 책임재산으로 회복된다 할 것이어서, 피고들에게 배당된 금액 중 위 5,000만원 범위 내에서는 원고에 대하여 법률상 원인 없이 얻은 이익이 된다고 판단하였다. 요컨대, 원심은 사해행위취소판결의 효력이 수익자의 고유채권자에게도 미침을 전제로, 위 판결에 따른 원상회복에 해당하는 가액 범위내에서 원고의 배당이익의 청구를 받아들였다.

(3) 대상판결

하지만, 판례¹¹⁰⁾는 “사해행위의 목적부동산 등을 새로운 법률관계에 의하여 취득한 전득자 등은 민법 406조 제1항 단서에 의하여 보호되므로, 사해행위의 취소에 상대적 효력만을 인정하는 것은 사해행위 취소채권자와 수익자 그리고 제3자의 이익을 조정하기 위한 것으로 그 취소의 효력이 미치지 아니하는 제3자의 범위를 사해행위를 기초로 목적부동산에 대하여 새롭게 법률행위를 한 그 목적 부동산의 전득자만으로 한정할 것은 아니라고 할 것인바, 피고들이 수익자와 새로운 법률관계를 맺은 것이 아니라 수익자의 채권자로서 이미 가지고 있던 채권확보를 위하여 위 부동산을 압류 또는 가압류 한 자에 불과하더라도 목적부동산의 매각

110) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다49532 판결.

대금에 대하여 사해행위취소채권자에게 수익자의 채권자인 피고들에 우선하여 변제받을 수 있는 권리를 부여하여 사해행위취소판결의 실효성을 확보하여야 할 아무런 근거가 없으므로 수익자의 채권자들에게 사해행위취소판결의 효력이 미친다고는 볼 수 없다”라고 판시하였다.

대법원 판결과 관련하여 보건대, 수익자 명의의 일탈재산에 대하여 집행에 착수한 수익자의 고유채권자가 민법 제406조 제1항 단서에 의하여 보호된다는 것인지, 본 규정을 적용할 것도 없이 항상 취소판결의 효력이 제한된다는 것인지 명시적으로 밝히지는 않았다.¹¹¹⁾ 우선 후자와 관련하여, “사해행의 취소는 취소소송의 당사자 사이에서 상대적으로 취소의 효력이 있는 것으로 당사자 이외의 제3자는 다른 특별한 사정이 없는 이상 취소로 인하여 그 법률관계에 영향을 받지 않는다고 할 것이고”라는 부분을 문언 그대로 받아들인다면 집행조치를 취하지 아니한 수익자의 고유채권자에 대하여도 취소결의 효력이 미치지 않게 된다. 이렇게 본다면, 취소채권자가 많은 노력과 비용을 들여 취소소송에서 승소하고 채무자명의로 회복한 재산을 강제집행 하는데도 그 집행이 종료될 때까지 수익자의 고유채권자가 나타나기만 한다면 언제나 취소채권자에 앞서서 채권만족을 얻을 수 있기 때문에 채권자취소권 제도의 취지가 무색해질 것이다.¹¹²⁾ 그렇기 때문에 대법원은 전자의 입장에 따라, 즉 수익자 명의의 일탈재산에 대하여 집행에 착수한 자도 제406조 제1항 단서에 의하여 보호된다는 견해를 밝힌 것으로 보이는데¹¹³⁾ 이러한 관점에서 의하더라도, 대법원 판시는 문제가 있다고 본다. 왜냐하면 민법 제406조 제1항 단서는 새로운 법률행위를 한 자가 ‘선의’인 경우에 한하여 보호하고자 하는 규정인데, 본 단서규정에 의하여 보호될 수 있음을 판시하면서도 당사자의 선의 및 악의에 대한 입장을 명시적으로 밝히지 않았기 때문이다. 집행조치를 취한 수익자의 고유채권자의 선의 여부에 상관없이 그 해당부분에 대하여 취소채권자의 사해행위취소권 행사가 부정된다고

111) 이우재(주 69), 232면

112) 김창희, “사해행위취소판결의 효력이 미치는 범위 - 수익자의 고유채권자에 대한 효력을 중심으로”, 「법조」 제679권, 2013, 74면

113) 이우재(주 69), 232면

하면 이 또한 취소채권자 및 일반채권자의 이익을 지나치게 침해하는 것으로 채권자취소권 제도에 역행하는 것이라 본다.

3. 소결

먼저, 일출재산에 집행조치를 취한 수익자의 고유채권자가 민법 제406조 제1항 단서에서 규정하는 ‘전득자’에 해당할 수 있는지와 관련해서, 이는 부정되어야 한다고 본다. 왜냐하면, 본 규정의 취지나 목적으로 볼 때, 본 조의 적용을 받는 자는 선의의 수익자나 전득자를 염두해 규정한 것으로 제한하여 엄격하게 해석하여야 할 필요가 있다고 보기 때문이다.¹¹⁴⁾ 수익자의 고유채권자는 수익자가 일출재산의 소유권을 취득하게 된 우연적인 사정에 의해 반사적 이익을 향유하게 된 이해관계인에 불과¹¹⁵⁾하여 이들도 전득자와 유사하게 보호된다고 하면 ‘취소채권자 및 일반채권자¹¹⁶⁾의 채권보호’라는 채권자취소권 제도의 취지는 무색해질 것이다.

다음으로, 수익자의 고유채권자가 민법 제407조의 ‘모든 채권자’에 포함될 수 있는지와 관련하여, 이 또한 부정되어야 한다고 본다. 우선, 본 조에서 말하는 ‘채권자’는 채무자에 대하여 채권을 가지고 있는 채권자들 간 형평을 보장하기 위하여 규정된 것으로, 급부의 대상이 채무자에 한정된 채권자만을 의미하는 것으로 엄격하게 해석되어야 할 것이다. 그렇기에, 수익자의 고유채권자가 일출재산에 집행조치를 하였다고 하더라도 이들을 채무자에 채권을 가지고 있는 채권자와 동일하다고 볼 수는 없다고 본다. 결국, 수익자의 고유채권자는 채무자의 일반채권자들과 동일선상에서 ‘평등’을 도모할 필요 자체가 없는 자들로 민법 제407조의 적용대상이 아니라 본다.

114) 추신영(주 52), 502면.

115) 박춘기, “수익자의 고유채권자에 대한 사해행위취소의 효력 - 대법원 2005.11.10.선고 2004다49532판결”, 「판례연구」 제18집, 부산판례연구회, 2007, 229면.

116) 여기서 말하는 일반채권자는 수익자의 일반채권자가 아닌 채무자의 일반채권자를 의미한다.

생각건대, 취소채권자는 수익자의 고유채권자에 대하여 제3자이의의 소를 제기하여 가압류 등에 따른 조치를 저지할 수 있도록 하여야 한다고 본다. 이는 독일과 프랑스에서 취하고 있는 방안이기도 하다.¹¹⁷⁾ 하지만 ‘제3자 이의의 소’는 강제집행의 목적물에 대하여 소유권이 있다고 주장하거나 목적물의 양도나 인도를 막을 수 있는 권리가 있다고 주장하는 자에게 인정되는 권리¹¹⁸⁾이기 때문에 원상회복된 일출재산에 대하여 물건권적 권리를 갖지 않는 취소채권자 및 채무자의 일반채권자가 제3자 이의의 소를 제기할 수 있을지 문제가 되는바, 이에 대해서는 위 대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다217980 판결(채무자에게 원상회복된 재산을 처분하였을 시 법률관계)를 참고하여 고찰해보도록 하겠다.

대법원은 위 판결에서 채무자에게 원상회복된 재산을 제3자에게 처분하였을 때 채무자의 일반채권자¹¹⁹⁾가 제3자에게 말소청구를 할 수 있다고 판시하였는바, 그 구체적인 근거는 제시하지 않았다. 취소채권자는 채무자에게 원상회복된 재산에 대하여 강제집행에 참여할 수 있는 채권자에 불과하고 채권자취소권 행사로 어떠한 물건권적인 권리를 취득한 바는 없기에 원칙적으로 취소채권자에게 소유권이 있음을 전제로 한 말소청구는 허용될 수 없고, 이는 일반채권자도 마찬가지일 것이다. 이러한 법적 근거의 미비에도 불구하고 우리 판례가 일반채권자에게 제3자에 대한 말소청구를 인정하는 이유는 위에서 살펴본 바와 같이, 채권자취소권 제도의 취지에 비추어 원상회복된 채무자의 일출재산에 대한 일반채권자의 기대이익을 보호하고자 위함이라고 본다. 그렇기에 대상판결과 관련해서도, 비록 취소채권자가 일출재산에 대하여 어떠한 물건권적 권리를 가진자가 아님에도 채권자취소권 행사의 목적에 비추어 일출재산에 대해 물건

117) 이순동(주 5), 539면.

118) 민사집행법 48조(제3자이의의 소)

① 제3자가 강제집행의 목적물에 대하여 소유권이 있다고 주장하거나 목적물의 양도나 인도를 막을 수 있는 권리가 있다고 주장하는 때에는 채권자를 상대로 그 강제집행에 대한 이의의 소를 제기할 수 있다. 다만, 채무자가 그 이의를 다투는 때에는 채무자를 공동피고로 할 수 있다.

119) 본 판례 사안에서는 채무자의 일반채권자가 제3자에게 말소청구를 하였는데, 판례논리에 비추어 보았을 때 취소채권자도 당연히 말소청구의 주체가 될 수 있다고 본다.

적 권리를 가짐을 전제로 수익자의 고유채권자의 강제집행에 대항해 제3자이의의 소를 인정해도 무리가 없다고 판단된다. 물론 입법을 통해 이들에게 제3자이의의 소를 명시적으로 허용하여 이와 관련한 법적불확실성을 해소하는 것이 가장 바람직할 것이다. 하지만, 이러한 입법이 없더라도 수익자의 고유채권자의 가압류 등에 의하여 채권자취소권 행사의 목적이 달성될 수 없는 상황에서는 취소채권자 및 일반채권자에게 일출재산에 대한 물권적 권리를 허용하여 제3자이의의 소를 허용할 수 있다고 본다. 이는 물론, 채무자에게 일출재산을 원상회복시킴으로써 추후 진행되는 강제집행 절차에서 취소채권자 및 일반채권자 간 채권자평등주의를 도모하는 우선적인 전제가 된다는 데에 중요한 의미가 있다.

제 4 장 채권자평등주의 관점에서 본 채권자취소권의 일반적 효력범위

제 1 절 서설

민법 제407조에 의해 채권자평등주의가 규정되어 있고, 부인권과의 정합성을 위하여 채권자취소권에서 채권자평등주의는 최대한 관철되어야 한다. 하지만, 채권자취소권은 도산절차가 전제되지 않은 상황에서 개별채권자에 의하여 행사되는 권리이기 때문에 부인권에서만만큼 채권자평등주의가 철저히 적용될 수는 없다. 즉, 채권자취소권에서 채권자평등주의는 그 적용상 한계가 분명히 존재한다는 것이다. 이와 관련하여, 본 장에서는 채권자취소권의 일반적 효력범위를 ‘취소효력을 받는 인적범위’와 ‘취소범위’로 나누어 살펴보도록 하겠다.

제 2 절 취소 효력을 받는 ‘모든 채권자’의 범위

I. 문제제기

사해행위취소제도는 강제집행을 위한 준비단계이다. 그렇기에 강제집행을 떠나서는 생각할 수 없고, 궁극적으로는 ‘강제집행’을 통한 이익의 배분이 그 목적이라고 할 수 있다. 민법 제407조는 ‘모든’ 채권자가 취소의 효력을 받는다고 규정하고 있기 때문에, 강제집행에는 취소채권자 뿐만 아니라 다른 일반 채권자도 참여할 수 있다.¹²⁰⁾ 하지만, 채권자취소권 효력을 받는 인적범위와 관련하여 채권자평등주의가 적용된다고 하여, 복잡한 이해관계인의 이해가 얹혀있는 상황에서 행사되는 위 권리의 효력이 무제한적으로 확장될 수는 없음은 앞에서 설시한 바와 같다. 이를 고려하였을 때, 민법 제407조에 따라 채권자취소권의 효력을 받는 모든 채권자의 범위를 어느선까지 인정하여야 하는지가 문제된다.

II. 원물반환

1. 사해행위 ‘이후’ 채권자

(1) 서설

사해행위 당시 채무자에 대해 채권을 가지고 있던 자는 스스로 취소권을 행사할 수 있었던 자이므로, ‘취소 및 원상회복’의 효력을 원용할 수 있는 ‘모든 채권자’의 범위에 당연히 포함된다.¹²¹⁾ 그러나 사해행위 이후 채권을 취득한 채권자도 이와 같은 효력을 원용할 수 있는지에 관해서는 견해의 대립이 있다. 이에 대해서는, 피보전채권의 성립시기에 대한 논의가 중요한 판단기준을 제시해 줄 수 있기 때문에 이를 우선적으로 살펴보도록 하겠다.

120) 추신영, “채권자취소소송에 있어서 원물반환과 가액배상”, 『토지법학』 제27-2호, 2011, 95면.

121) 이우재(주 69), 180면.

(2) 피보전채권 성립시기

가. 서설

우리나라의 통설¹²²⁾과 판례¹²³⁾는 채권자취소권의 피보전채권은 사해 행위 이전에 성립되어야 한다는 입장이다. 그 논거와 관련해서는 객관설과 주관설이 존재한다.

나. 학설 및 판례

먼저 객관설은 취소채권자의 채권은 사해행위 이전에 성립하고 존재하여야 한다는 입장으로, 그 논거로 채권자의 손해를 중심으로 설명하면서 채권자는 채권발생 당시의 채무자의 변제자력을 신용의 기초로 하는 것이기 때문에 사해행위 당시에 존재하지 않았던 채권은 사해행위에 의하여 침해된다고 볼 수 없다고 한다.¹²⁴⁾ 현재 통설이며 손해기준설이라고도 한다.¹²⁵⁾

다음으로 주관설¹²⁶⁾은 피보전채권이 사해행위 이전에 발생하여야 하는 이유로, 채권자취소제도가 채권자에 대한 사해를 제재하는 것이므로 채무자의 사해의사를 중심으로 설명하여야 한다면서 원칙적으로 채권이 발생하기 이전에 행하여진 채무자의 감소행위에서는 사해의사가 있을 수 없는 것이기 때문에 사해행위 이전에 피보전채권이 존재하여야 한다고 주장한다. 소수설이고 사해의사기준설이라고도 한다.¹²⁷⁾

판례¹²⁸⁾는 “법률행위의 이행으로서 가등기를 경료하는 경우에 그 채

122) 박윤직/김능환(주 33), 811면.

123) 대법원 1996. 2. 9. 선고 95다14503 판결.

124) 박윤직(주 4), 194면.

125) 김대정, 채권총론(개정판), 피데스, 2007, 253면.

126) 조영철, “채권자취소권에 있어서의 피보전채권의 성립시기 - 대상판례 : 대판 1996.2.9. 95다 14503”, 「재판실무연구」 1권(96.12), 99면.

127) 김증한/김옥곤(주 82), 402면.

128) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다43352 판결.

무의 원인되는 법률행위가 취소권을 행사하려는 채권자의 채권보다 앞서 발생한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 가등기는 채권자취소권의 대상이 될 수 없다.”라거나 “채권자취소권은 채무자가 채권의 공동담보, 즉 책임재산의 부족을 알면서 재산감소행위를 한 경우에, 그 행위의 효력을 부인하여 책임재산의 유지를 피함을 목적으로 하는 제도이며, 아울러 어느 특정한 금전채권의 보호를 위하여 공동담보의 보전을 도모하려는 법리이기도 하나니, 피보전채권의 성립시기는 원칙적으로 사해행위 전임을 요한다고 할 것이다. 왜냐하면 특별한 경우가 아니고서는 행위 후에 생긴 채권을 가지고 그 행위가 그 채권을 해친다고 할 수는 없는 이치이기 때문이다.¹²⁹⁾”라고 하여 피보전채권은 원칙적으로 사해행위 이전에 성립하여야 한다는 입장이며 그 구체적인 논거는 객관설을 따르고 있다.

하지만, 판례¹³⁰⁾는 사해행위 이후에 발생한 채권이라도 다음과 같은 경우에는 피보전채권성을 인정하고 있다. 즉, “채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 하기 전에 발생한 것이어야 하지만, 그 법률행위 당시에 이미 채권성립의 기초가 되는 법률관계가 성립되어 있고 가까운 장래에 그 법률관계에 기하여 채권이 발생하리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 발생한 경우에는, 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다”라고 하여, 채권이 사해행위 이후에 발생하였더라도 그 기초적 법률관계가 사해행위 전에 성립되어 있었고 이로부터 실제 채권이 발생한 것이라면 피보전채권의 성립시기와 관련해 예외가 인정될 수 있다는 입장이다.¹³¹⁾

129) 대법원 1978. 11. 27. 선고 77다2467 판결.

130) 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다37821 판결.

131) 이를 반영하여 명문화한 규정으로 민법 제839조의3[재산분할청구권 보전을 위한 채권자취소권]이 있다. 본 규정은 재산분할청구권이 아직 구체적으로 확정되기 이전임에도 예외적으로 해당 권리의 피보전채권성이 인정됨을 명문으로 밝혔다. 이에 따라, 부부일방은 이혼이 성립하거나 재산분할이 확정되기 전에도 재산분할청구권을 보전하기 위하여 일방의 처분행위를 취소할 수 있게 되었다.

(3) 사해행위 ‘이후’ 채권자가 ‘모든’ 채권자에 포함되는지 여부

가. 학설 및 판례

사해행위 이후 채권을 취득한 채권자도 “모든 채권자”에 포함된다는 견해가 존재한다. 본 견해는 현행 강제집행절차상 먼저 압류한 채권자에게 우선권이 부여되지 아니하고, 배당요구의 종기 전에 채권을 취득하여 적법한 배당요구의 자격을 갖추기만 하면 누구라도 배당요구를 할 수 있는 점을 근거로 하여, 채권자취소소송의 효력을 원용할 수 있는 자의 범위와 관련한 기준은 이와 같이 ‘배당요구의 종기’가 되어야 하지 ‘사해행위’가 되어서는 안 된다는 입장이다.¹³²⁾

사해행위 이후 채권을 취득한 채권자는 ‘모든 채권자’에 포함되지 않는다는 견해 또한 존재한다. 본 견해는 이와 같은 채권자는 채권취득 당시에 사해행위취소에 의하여 회복되는 재산을 채권자의 공동담보로 파악하지 않은 자이므로 구태여 민법 제407조의 규정에 의하여 보호할 필요가 없다고 한다.¹³³⁾ 판례¹³⁴⁾는 “채권자취소권은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 자기의 책임재산을 감소시키는 행위를 한 경우에 그 행위를 취소하여 채무자의 재산을 원상회복시킴으로써 ‘모든 채권자’를 위하여 채무자의 책임재산을 보전하는 권리이나, 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자는 채권의 취득 당시에 사해행위취소에 의하여 회복되는 재산을 채권자의 공동담보로 파악하지 아니한 자로서 민법 제407조에 정한 사해행위취소와 원상회복의 효력을 받는 채권자에 포함되지 아니한다.”라고 하여 사해행위 이후 채권을 취득한 채권자는 ‘모든 채권자’의 범위에 포함되지 않는다는 입장이다.

나. 검토

132) 이우재(주 69), 180면.

133) 이우재(주 69), 180면.

134) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009다18502 판결.

생각건대, 사해행위 ‘이후’ 채권을 취득한 채권자는 취소의 효력을 원용할 수 있는 ‘모든 채권자’의 범위에 포함될 수 없다고 본다. 민법 제 407조가 채권자평등주의를 명문으로 규정하고 있지만, 채권자취소권은 이해관계가 복잡하게 얽혀있는 상황에서 행사되고 채권자취소권 행사에 의해 침해될 수밖에 없는 채무자의 재산 처분의 자유, 거래의 안전, 수익자의 이익에 대한 고려도 수반되어야 하기 때문에¹³⁵⁾ 채권자평등주의가 무제한적으로 허용될 수는 없다. 그렇기에, 채무자에게 채권을 가진 채권자라도 사해행위 취소의 효력을 원용할 수 있는 ‘모든 채권자’의 범위에서 제외될 수 있는 것이다.

먼저, 사해행위 이후의 채권자도 ‘모든 채권자’의 범위에 포함될 수 있다는 견해는 강제집행법상 배당요구 종기 전에 배당요구를 한 채권자는 그 선후에 상관없이 평등하게 분배받을 수 있음을 근거로 하여 이와 같은 원칙이 채권자취소권에도 동일하게 적용되어야 함을 주장한다. 하지만, 채권자취소권은 유효하게 성립한 법률행위를 예외적으로 취소할 수 있게 한 권리로서 그 행사의 배경에는 다양한 이해관계인들의 이해가 복잡하게 얽혀있고, 추후 진행되는 강제집행에서 이에 대한 고려가 반영되어야 한다. 즉, 채권자취소권 행사의 결과 진행되는 강제집행은 일반적인 강제집행과 분명 차이가 존재하고, 그렇기에 일반적인 강제집행에 적용되는 원칙이 채권자취소권 행사의 결과 진행되는 강제집행에 일률적으로 적용된다고 할 수는 없다. 아울러, 현실적인 법제의 미비에 따른 한계를 지적하는 견해가 있는데, 이에 따르면, 현행 강제집행제도는 적법한 배당요구자격을 갖춘 채권자가 배당요구의 종기까지 배당요구를 하면 배당에 참가할 수 있도록 규정되어 있을 뿐 그 채권의 발생시기에 대해서는 적시되어 있지 않기 때문에 현실적으로 배당법원으로서 배당요구채권이 사해행위 당시에 발생한 채권인지에 대한 실체관계를 심리할 권한이나 필요없이 평등하게 배당을 실시하여야 한다고 주장한다.¹³⁶⁾ 하지만, 배당요구 서면을 통하여 배당요구의 시기 등을 알 수 있는 경우 집행법원으

135) 김증한/김옥곤(주 82), 387면.

136) 오영준, “사해행위취소의 효력이 미치는 채권자의 범위”, 「민사판례연구」 제26권, 박영사, 2004, 170면.

로서는 배당요구신청을 각하하고, 배당기일에 이와 관련한 이익이 제기된 경우에 적극적으로 심리하여 배당에서 제외함으로써¹³⁷⁾ 법제의 미비에 따른 한계를 극복할 수 있을 것이다.

다음으로, 사해행위 이후 채권을 취득한 채권자까지 ‘모든 채권자’의 범위에 포함된다고 해석하면 사해행위취소소송 단계에서 확정되지 아니한 장래 채무자의 채권자의 채권액까지 고려하여 취소 및 원상회복의 범위를 정하여야 할 것인데,¹³⁸⁾ 이렇게 된다면, 취소 범위를 필요이상으로 확장하게 되어 거래의 안전과 수익자의 이익을 지나치게 침해하게 될 것이다. 이는 채권자취소권 제도는 형평의 견지에서 인정된 것임을 고려하였을 때, 본 제도의 취지에도 역행하는 것이라 본다. 채권자취소권 제도가 비록 취소채권자 및 일반채권자의 이익을 상대적으로 우위에 두는 것은 맞지만, 본 제도에 의해 침해될 수밖에 없는 거래의 안전과 수익자의 보호 등의 가치에 대한 고려도 반드시 수반되어야 하기 때문이다.

하지만, 사해행위 이후 발생한 채권이라도 예외적으로 사해행위취소의 효력을 원용할 수 있는 경우가 있다고 본다. 앞서 살펴 본 것처럼, 판례¹³⁹⁾는 피보전채권의 성립시기와 관련하여 “채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 하기 전에 발생한 것이어야 하지만, 그 법률행위 당시에 이미 채권성립의 기초가 되는 법률관계가 성립되어 있고 가까운 장래에 그 법률관계에 기하여 채권이 발생하리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 발생한 경우에는, 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다”라고 하여, 피보전채권은 원칙적으로 사해행위 이전에 성립되어야 하지만 위와 같은 예외적인 경우에 한해 원고적격이 인정된다는 입장이다. 본 판례를 보건대, “채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권”이라고 명시한 바, 이는 비단 원고적격의 문제에 국한되지 않고 채권자취소권의 행사의 효력을 원용할 수 있는 ‘배당요구자격의 문제’와도 직결될

137) 이우재(주 69), 181면.

138) 이우재(주 69), 181면.

139) 대법원 2000.3. 28. 선고 99다69938 판결.

수 있다고 본다. 즉, 사해행위 이후에 성립된 채권이라도 위와 같은 요건이 충족된다면 해당 채권을 보유한 채권자는 채권자취소권 행사에 의해 보호될 수 있고, 이에 따라 취소효력을 원용할 수 있는 ‘모든 채권자’에 포함될 수 있다고 본다.

2. 수익자가 채권자 중 1인인 경우

채무자가 수익자가 겸 채권자에게 담보제공, 대물변제 등 편파행위를 한 것이 다른 채권자들에 대한 사해행위가 되어 취소되었을 때¹⁴⁰⁾, 위 수익자도 취소효력을 원용할 수 있을지 문제가 된다. 이를 긍정하는 견해¹⁴¹⁾는 사해행위가 담보제공이나 대물변제로 이루어진 경우 수익자 겸 채권자는 사해행위 당시 채권을 가지고 있던 자이므로, 그들 각 채권자 역시 민법 제407조의 적용을 받는 ‘모든 채권자’의 범위에 포함된다고 한다. 아울러, 판례¹⁴²⁾도 “담보제공의 경우 사해행위 당시 수익자에게 채권이 그대로 존재하고 있었고 대물변제의 경우 사해행위가 취소되면서 수익자의 채권이 부활하게 되어 본래의 채권자로서의 지위를 회복하게 되므로, 취소소송을 제기한 채권자 등이 원상회복된 채무자의 재산에 대한 강제집행을 신청하여 그 절차가 개시되면 수익자인 채권자도 집행권원을 갖추어 강제집행절차에서 배당을 요구할 권리가 있다”라고 판시하였다. 하지만, 이와 관련하여 대물변제가 취소되었을 경우, 상대적 무효설에 따른다면 채무자와 수익자의 법률관계는 여전히 유효하기 때문에 수익자의 채권이 부활할 수 없다는 비판적 견해¹⁴³⁾가 존재한다.

먼저, 사해행위가 취소되었을 시, 수익자 겸 채권자의 채권이 부활하여 안분액에 해당하는 배당요구를 할 수 있게 하는 것의 당위성과 관련하여 검토해보겠다. 뒤에서 살펴보겠지만, 우리 판례는 사해행위가 특정

140) 이는 편파행위와 관련한 문제로 후술하겠다.

141) 김용담/손진흥(주 6), 359면.

142) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다15907 판결.

143) 손홍수, “사해행위취소소송의 수익자(채무자로부터 부동산을 매수한 자)가 민법 제407조의 모든 채권자에 포함되는지 : 서울고등법원 2011. 3. 29. 선고 2010나 107578판결, 「민사집행법연구」 I, 진원사, 2012, 378면.

채권자에게만 독점적인 만족을 주는 ‘편파행위’로 이루어지는 경우 본지 변제를 제외하고는 원칙적으로 취소가능하다는 입장인 바, ‘편파행위’를 매우 엄격한 요건하에 인정하고 있다. 이에 따라, 채무자로부터 변제 등을 받은 행위가 정상적인 채권채무관계에 따라 이루어진 것이라 하더라도 추후 다른 채권자에 의한 채권자취소권 행사에 의해 취소될 가능성이 존재한다. 아울러, 이는 수익자의 악의를 추정하여 그 번복을 매우 엄격한 요건하에서 인정하는 판례와 결합하여 수익자 겸 채권자의 예측가능성 및 이익을 지나치게 침해할 소지가 있다고 생각된다. 나아가, 취소 후 원물반환이 이루어지는 경우 배당요구를 하는 일반채권자가 많아질수록 취소범위는 확대되어 그 만큼 수익자 겸 채권자에게 남아있는 이익은 축소될 것이기에, 채권자평등주의 및 이와 관련한 취소범위 산정 문제 또한 수익자 겸 채권자에게 불리하게 작용한다.

생각건대, 채권자취소권 제도는 형평과 공평을 목적으로 하는 제도인 바, 어느 한 당사자의 이익에 치중되어서는 안 된다. 그렇기에, 적어도 채무자에게 기존에 채권을 가지고 있었고 무자력 상황의 채무자로부터 적극적으로 채권회수를 위해 노력한 채권자라면, 채무자와 행한 법률행위가 취소되더라도 반환하는 목적물에 대해 일정한 권리를 인정해주어 보호해줄 필요성이 있다고 생각된다. 이와 같은 권리를 인정하여 수익자 겸 채권자의 이익을 인정해주면 편파행위를 취소한 실익이 없다는 비판이 가능할 수 있으나, 이는 수익자 겸 채권자에게 반환되는 목적물에 대해 일정부분 권리를 인정하는 것일 뿐 다른 채권자의 배당요구를 배제하는 것이 아니기 때문에 수익자 겸 채권자에게 안분액에 따른 권리를 인정해주더라도 편파행위에 채권자취소권이 행사됨으로써 채권자평등주의를 관철시킬 수 있게 된 것에는 이견의 여지가 없다고 생각된다. 편파행위에 대한 본 권의 행사의 목적은 이로써도 충분히 달성될 수 있을 것이다.

이처럼, 수익자의 채권자의 기존 채권이 부활한다고 보는 것이 공평하고 합리적인 결론이지만, 비판적 견해가 제시하는 것처럼 이는 채권자취소권의 효력과 관련하여 상대적효력설에 따를 때 이론적으로 명확하게

설명될 수는 없다고 본다.¹⁴⁴⁾ 그렇기에, 사해행위가 취소되었을 경우, 수익자 겸 채권자의 채권이 부활한다는 것을 민법에 명시적인 규정으로 두어 법적불확실성을 해소하고 이들의 배당참가를 입법적으로 보장하는 것이 바람직하다고 본다. 채권자취소권과 마찬가지로 상대적효력이 있다고 인정되는 부인권과 관련하여 ‘채무자 회생 및 파산에 관한 법률’에 수익자 겸 채권자의 채권의 부활을 명시한 규정¹⁴⁵⁾이 존재하고 민법개정안¹⁴⁶⁾에도 이와 같은 규정이 존재하기에, 이를 참조하여 제정하면 될 것이다.

3. 수익자가 채권자가 아닌 경우

수익자가 채권자가 아닌 경우, 사해행위가 취소되었을 때 수익자가 채무자에게 환원된 책임재산에 대한 강제집행에 참여하여 자신의 채권을 근거로 배당요구를 할 수 있을지 문제된다. 우선, 이와 같은 수익자에게 인정되는 채권의 존재 및 발생시기와 관련하여 학설¹⁴⁷⁾은, 상대적효력설에 따랐을 때 채무자와 수익자 사이의 법률행위는 유효하게 존속하는바 채무자에게 재산을 반환한 수익자는 자신이 기존에 급부한 것과 관련하여 채무자에게 부당이득반환을 청구하거나 매도인의 담보책임을 물을 수 있다고 한다.

나아가, 수익자가 이와 같은 부당이득반환청구권과 담보책임추급권을 기반으로 환원된 책임재산에 대한 강제집행에서 배당요구를 할 수 있을지 학설이 대립되는데, 통설¹⁴⁸⁾은 이는 민법 제407조의 사해행위 취소의 효력을 받는 ‘모든 채권자’의 범위에 관한 입장에 따라 결정된다는 입장

144) 윤진수/권영준(주 2), 538면.

145) 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제109조 제1항 - 채무자의 행위가 부인된 경우 상대방이 그가 받은 급부를 반환하거나 그 가액을 상환한 때에는 상대방의 채권은 원상으로 회복된다.

146) 제407조의 5(수익자의 지위) ②항 : 채무자의 법률행위로 인하여 수익자의 채권이 소멸한 경우에 그 행위가 취소되어 수익자가 받은 급여 또는 가액을 반환하는 때에는 수익자의 채권은 원상으로 회복된다.

147) 김용담/손진홍(주 6), 359면.

148) 박윤직(주 4), 248면; 김증한/김학동, 채권총론(제6판), 박영사, 1998, 130면.

이다. 즉, 위와 같은 수익자의 부당이득반환청구권이나 담보책임추급권은 사해행위 이후에 발생한 채권으로, ‘모든 채권자’의 범위에 사해행위 이후에 채권을 취득한 자를 포함시키지 않는 견해에 따르면 수익자는 위와 같은 채권에 기하여 배당요구를 할 수 없을 것이고, 사해행위 이후에 채권을 취득한 자를 포함시키는 견해에 따르면 취소효력을 받아 배당요구를 할 수 있을 것이다.¹⁴⁹⁾ 이와 관련한 명시적인 대법원의 입장은 아직 없고, 서울고등법원¹⁵⁰⁾은 “사해행위취소의 상대방으로서 그 취소로 인하여 비로소 부당이득반환채권 또는 담보책임추급권 등을 취득한 수익자는 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자라고 보아야 한다. 즉, 사해행위취소의 효력은 채권자와 수익자 사이에서만 미치고 채무자에게는 미치지 아니하여 사해행위취소판결이 확정되었다 하더라도 채무자와 수익자 사이에는 여전히 부동산의 소유자는 수익자이어서, 수익자는 자신 소유의 부동산이 채무자의 책임재산으로 취급됨에 따라 발생한 손해에 대하여 원인없이 이득을 보는 채무자에게 부당이득반환청구 또는 담보책임으로 물을 수밖에 없고, 당해 부동산을 취득하면서 교부한 금부물의 반환을 청구할 수는 없으므로, 위 부당이득반환채권 등은 사해행위 이후에 발생한 채권으로 보아야 한다.”라고 판시하여 수익자가 이와 같은 채권에 기하여 원상회복된 채무자의 재산에 대한 강제집행절차에서 배당요구를 할 수는 없다고 하였다.

이와 관련하여 민법개정안은 제407조의5 ①항에서 “채무자의 법률행위가 취소되어 수익자가 받은 급여 또는 그 가액을 반환한 경우에는 수익자는 자기가 이행한 반대급여 또는 가액의 반환을 청구할 수 있다.”라고 규정하였는바, 기존의 상대적효력설과 위의 판시와는 자못 상반되는 내용을 담고 있다. 즉, 상대적효력설에 따랐을 때 채무자와 수익자 사이에서 법률관계는 여전히 유효하기 때문에 수익자는 채무자에 대하여, 부당이득반환청구권 및 담보책임추급권은 별론으로 하고, 금부한 반대급여를 청구할 수 없음에도 민법개정안은 수익자가 채무자에 대하여 자신이 이행한 반대급여를 청구할 수 있다고 명시하였다. 이와 같은 민법개정안

149) 이우재(주 69), 183면.

150) 서울고등법원 2011. 3. 29. 선고 2010나107578 판결.

의 취지를 생각해보건대, 상대적효력설의 이론적 불명확성에 따른 수익자의 불안정한 지위를 명확히 하고자 한 것으로 보인다. 나아가, 수익자의 채무자에 대한 기존 반대급부의 청구를 명시적으로 인정함으로써 반대급부청구권을 근거로 원상회복된 책임재산에 대한 강제집행에서 수익자의 배당요구를 인정하기 위한 취지 또한 내포하고 있는 것으로 생각된다.

사건으로, 수익자에게 배당요구를 인정하지 않게 되면 사해행위가 무상행위가 아닌 이상, 해당 법률행위 당시 반대급부를 제공하였던 수익자는 자신이 반환하였던 재산에 대해 배당을 요구할 수 없게 되어 일방적인 손실을 감수할 수는 있으나¹⁵¹⁾, 결론적으로 수익자는 책임재산과 관련한 강제집행절차에 참여할 수 없다고 보는 것이 바람직하다고 본다. 왜냐하면 수익자가 배당요구를 하여 자신의 채권액에 안분한 비율만큼의 권리가 보장된다고 하면 사해행위 당시 이미 채권을 가지고 있던 채권자들이 받을 수 있는 안분액이 적어질 가능성이 있기 때문에 채권자취소권 제도의 취지에 역행하게 되고, 스스로의 법률행위가 채무자의 일반채권자를 해하는 것임을 알고도 행한 수익자에게 자신이 반환한 책임재산에 대해 권리를 행사할 수 있다고 한다면 수익자를 지나치게 보호하는 것이기 때문이다.¹⁵²⁾ 하지만, 이에 대해서는 채권자취소권 제도는 형평과 공평을 목적으로 하는 제도인 바 본 권이 취소채권자 및 일반채권자의 이익을 우선시하는 제도인 것은 부인할 수 없지만 그렇다 하더라도 수익자의 이익이 무제한적으로 침해되어서는 안 된다는 비판이 제기될 수 있다. 하지만, 수익자가 채무자에게 반환하는 책임재산은 취소범위 내로 한정되기 때문에 일출재산 중 원상회복되는 책임재산을 제외한 나머지에 대해서는 수익자가 계속 보유할 수 있고, 강제집행이 이루어진 후의 잉여금 또한 상대적효력설에 따라 채무자가 아닌 수익자에게 그 권리가 인정되기 때문에 반환된 재산에 대한 수익자의 안분액 청구권을 인정하지 않더라도 수익자를 보호하는데 무리가 없다고 본다.

151) 손현찬, “수 개의 사해행위취소소송이 중첩된 경우의 법률관계”, 『재판과 판례』 15집, 대구판례연구회, 2007, 441면.

152) 손현찬(주 151), 441면.

Ⅲ. 가액반환

가액반환이 이루어지는 경우, 판례는 상계설을 취함에 따라 취소채권자에게 사실상의 우선권을 인정하고 있는 바, 취소효력을 받는 채권자는 오직 취소채권자에 국한된다. 이와 관련해서는 제5장에서 후술하도록 하겠다.

Ⅳ. 소결

채권자취소권의 효력으로 채권자평등주의가 적용된다고 하더라도 본 원칙이 무제한적으로 관철될 수는 없기 때문에 채무자에게 채권을 가지고 있는 모든 채권자가 취소효력을 받을 수는 없다. 이는, 부인권과의 본질적인 차이에 기인하는 것이기도 하다. 생각건대, ‘사해행위 이후 채권을 취득한 채권자’와 ‘채권자가 아닌 수익자’는 취소효력을 받을 수 없다고 보는 것이 바람직하다고 본다. 아울러, 현재 가액반환의 경우 취소채권자에게만 우선적인 만족권이 인정되어 채권자평등주의가 침해되고 있는바, 이에 대한 개선방향과 관련해서는 제5장에서 자세히 후술하도록 하겠다.

제 3 절 채권자취소권 행사에 따른 취소범위

Ⅰ. 문제제기

우리 ‘채권자취소권’은 수익자 및 전득자로부터 일출재산을 회복시켜 강제집행을 전제로 취소채권자를 포함한 채무자의 일반채권자들에게도 배당참여의 기회를 보장하고 있기 때문에 채무자에게 회복되는 재산의 범위, 즉 취소의 범위는 취소채권자, 일반채권자, 수익자 및 전득자의 이해와 직결되는 중요한 문제이다. 그럼에도, 현재 우리 민법 제406조는

“취소 및 원상회복을 청구할 수 있다.”라고만 규정되어 있어, 취소범위를 어떻게 산정해야 하는지와 관련해 명확한 지침을 주지 못하는 실정이다.

취소채권자우선주의를 취하는 독일, 프랑스와 같은 경우에는 취소의 효과가 오로지 취소채권자에게만 귀속되어 승소판결의 이익을 독점할 수 있기 때문에 취소범위를 취소채권자의 채권액으로 한정해도 다른 일반채권자의 배당참여가 애초에 불가능한 상황에서 취소채권자를 보호하는데 무리가 없다. 아울러, 취소채권자의 채권만족이라는 채권자취소권 제도의 목적을 달성하는 범위 내에서 최소한도로 취소범위를 책정하기 때문에 수익자 및 전득자의 보호에도 무리가 없다. 이에 반해, 우리나라에서는 민법 제407조를 통해 채권자평등주의가 명문으로 보장되어 있기 때문에 이해관계 당사자들의 이익조절이라는 측면에서 취소범위를 어떻게 산정해야 하는지가 중요한 문제가 된다.

II. 판례

1. 서설

취소범위와 관련하여 대법원은 원물반환과 가액반환을 구분하고 있는 바, 이하에서는 각각 살펴보도록 하겠다.

2. 원물반환

대법원은 원물반환의 경우 강제집행을 통한 다른 채권자의 배당요구의 가능성을 염두에 두고 취소범위에 대해 판단을 하고 있다. 구체적으로 판례¹⁵³⁾는 “채권자가 취소권을 행사할 때에는 원칙적으로 자신의 채권액을 초과하여 취소권을 행사할 수 없으므로 채권자의 채권액을 한도로 하여 행사할 수 있다. 단, 예외적으로 다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백하거나 목적물이 불가분인 경우에는 자기의 채권을 초과하여

153) 대법원 1997. 9. 9. 선고 97다10864 판결.

취소를 구할 수 있다.”라고 하여 취소범위와 관련하여 원칙적으로 취소채권자의 채권액에 한정되어야 하고 예외적인 경우에 한하여 채권액을 초과하여 취소할 수 있다는 입장이다. 즉, 판례에 따르면 취소채권자의 피보전채권은 채권자취소소송에서 취소의 범위를 한정하는 기능을 하고¹⁵⁴⁾, 피보전채권액을 초과하여 취소할 수 있는 경우는 예외적인 경우에 한하는데 그 구체적인 예시는 다음과 같다.

먼저 다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백한 경우에는 그 채권자의 채권액도 합산하여 취소의 범위를 정할 수 있다고 한다. 단순히 다른 채권자가 존재한다는 사실만으로 취소채권자가 그의 채권액을 초과하여 취소할 수 있는 것은 아니지만, 다른 채권자의 배당요구가 명백한 경우에는 취소채권자에게 우선변제권이 인정되지 아니하므로 그 보전의 필요성을 위하여 취소채권자가 그의 채권액을 초과하여 취소할 수 있다는 것이다.¹⁵⁵⁾ 판례¹⁵⁶⁾는 다른 채권자들이 채권단을 구성하고 있는 등의 사정이 있는 경우 다른 채권자의 채권요구가 명백하다고 보아 취소채권자의 채권액을 초과하여 취소범위를 산정하였다.

다음으로, 목적물이 불가분인 경우 채권액의 범위 내에서만 사해행위의 취소를 허용하고 그 한도 내에서 원물반환에 갈음한 가액배상을 구하여야 한다는 견해도 있으나¹⁵⁷⁾, 통설¹⁵⁸⁾과 판례¹⁵⁹⁾는 채권자의 채권액이 일출재산의 가액보다 적더라도 법률행위 전부를 취소할 수 있다고 한다. 이와 관련하여 판례¹⁶⁰⁾는 대지의 가격이 채권자의 채권액보다 다액이라 하여 대지와 건물 중 어느 하나만을 취소하게 되면 건물의 소유자와 대지의 소유자가 다르게 되어 그 가격과 효용을 현저히 감소시킨다는 이유로 대지와 건물을 일체로 보아 전부에 대한 매매계약의 취소와 그 등기의 말소를 인정하였다. 우리나라는 토지와 대지를 별개로 취급하고는 있

154) 이순동(주 5), 136면.

155) 김용담/손진홍(주 6), 316면.

156) 대법원 1997. 9. 9. 선고 97다10864 판결.

157) 이은영(주 8), 478면.

158) 박윤직(주 4), 247면.

159) 대법원 1997. 9. 9. 선고 97다10864 판결.

160) 대법원 1975. 2. 25. 선고 74다2114 판결.

지만 양 자는 그 소유주체와 관련하여 밀접히 관련되어 있기 때문에 판례도 이를 인식해 “경제적인 이유로 불가분의 관계에 있다.”라고 보아 전체에 대한 취소를 명한 것으로 보인다. 아울러, 판례¹⁶¹⁾는 자동차운수사업면허권과 부대시설 전부 및 차량에 대한 양도계약이 사해행위에 해당하는 경우 양도한 차량 전체가 다른 부대시설과 함께 하나의 노선면허권의 대상으로 분할 취소하게 되면 경제적 실정에 적합하지 않다는 이유로 채권총액을 초과하여 취소할 수 있다고 하였다. 본 판결 또한 경제적인 불가분성의 이유로 전체에 대한 취소를 명한 것으로 보인다.

3. 가액반환

대법원¹⁶²⁾은 “사해행위취소로 인한 원상회복으로서 가액배상을 명하는 경우에는, 취소채권자는 직접 자기에게 가액배상금을 지급할 것을 청구할 수 있고, 위 지급받은 가액배상금을 분배하는 방법이나 절차 등에 관한 아무런 규정이 없는 현행법 아래에서 다른 채권자들이 위 가액배상금에 대하여 배당요구를 할 수 도 없으므로, 결국 채권자는 자신의 채권액을 초과하여 가액배상을 구할 수는 없다.”라고 하여, 가액반환의 경우 취소채권자에게 우선변제권이 인정되는 이상, 취소채권자의 채권액을 초과해서 취소할 수 없다는 입장이다. 즉, 원물반환의 경우, 원칙적으로 취소채권자의 채권액을 한도로 하면서도 채권액을 초과하여 취소할 수 있는 예외적인 경우를 상정하고 있는 반면 가액반환의 경우 취소채권자가 직접 금전을 지급받을 수 있고 이로써 다른 채권자들을 배제하고 우선변제를 받을 수 있기 때문에 취소채권자의 채권액을 초과해서 취소할 수 없다는 입장이다. 즉, 가액반환의 경우 취소채권자의 채권액을 초과하여 취소할 수 있는 여지를 남기지 않았다는데 원물반환의 경우와 차이가 있다고 할 수 있다.

Ⅲ. 민법개정안과 검토

161) 대법원 1975. 6. 24. 선고 75다625 판결.

162) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006다1442 판결.

민법개정안 제406조의3은 “채권자는 채무자의 재산으로 채무를 완전히 변제할 수 있게 하기 위하여 자기의 채권액을 넘어서도 채무자의 법률행위의 전부 또는 일부를 취소할 수 있다.”라고 하여 원칙적으로 취소채권자의 채권액을 초과하여 취소할 수 있도록 하되, 그 제한으로 “채무를 완전히 변제할 수 있게 하기 위하여”라는 단서를 추가하여 취소권 행사의 목적이 충족되었다면 취소범위는 제한될 수 있음을 간접적으로 규정하였는바, 이는 판례¹⁶³⁾의 입장과 자못 다른 내용을 내포하고 있다.

대법원¹⁶⁴⁾은 취소범위와 관련하여 “원칙적으로 취소채권자의 채권액에 한정시키고 예외적인 경우에 한해 그 채권액을 초과하여 취소할 수 있다.”는 입장인바, 이는 채권자취소권의 효력은 모든 채권자에게 미친다는 채권자평등주의를 규정한 민법 제407조에 정합하지 않는 판단이라 본다. 채권자취소권이 행사되면 원칙적으로 모든 채권자를 위하여 효력이 확대되고 채권자의 존재가 입증되기만 하면 원상회복 후 책임재산에 대한 강제집행에서 이들의 배당요구는 추단될 수 있으며, 결국 이를 반영해 취소범위를 산정해야 할 것이기 때문이다.¹⁶⁵⁾ 아울러, 현재 대법원이 예외적인 사유로서 채권액을 초과하여 취소할 수 있게 하기 위하여 취소채권자에게 다른 채권자의 존재뿐만 아니라 해당 채권자의 배당요구가 명백할 것인지에 대한 입증 또한 요구하는 것은 취소채권자에게 지나친 부담을 지우는 것¹⁶⁶⁾으로, 취소채권자 및 일반채권자를 우선하여 보호하고자 하는 채권자취소권 제도의 취지에도 맞지 않다고 생각한다. 그렇기에, 취소채권자가 청구할 수 있는 취소범위는 민법개정안이 규정한 것과 같이 다른 채권자의 존재가 입증되는 한 원칙적으로 취소채권자의 채권액을 초과하여 취소할 수 있고, 피고 측에서 다른 채권자가 배당요구를 하지 않을 만한 특별한 사정이 있음을 주장, 입증하도록 하는 것이¹⁶⁷⁾

163) 대법원 1997. 9. 9. 선고 97다10864 판결.

164) 대법원 1997. 9. 9. 선고 97다10864 판결.

165) 이순동(주 5), 423면.

166) 이순동(주 5), 423면.

167) 전원열(주 39), 224면.

채권자평등주의 원칙 및 채권자취소권 제도의 취지에 부합하는 해석일 것이다.

하지만, 채권자평등주의에 따라 위와 같이 취소채권자의 채권액을 초과하여 취소할 수 있다고 하더라도 취소범위를 산정할 시에도 본 원칙은 무제한적으로 관철될 수는 없기 때문에 앞서 취소효력을 받는 채권자의 범위에서 제외한 ‘사해행위 이후의 채권자’와 ‘수익자가 아닌 채권자’의 채권액은 취소범위를 산정할 시에 당연히 배제되어야 할 것이다. 아울러, 채권자취소권 제도는 형평과 공평의 관점에서 고안된 제도라는 점에서, 취소채권자 및 채무자의 일반채권자만을 무제한적으로 우선하여 보호할 수는 없기 때문에 취소범위와 관련하여 채권자취소권의 취지에 따른 한계가 존재하여야 한다고 본다.¹⁶⁸⁾ 즉, 민법개정안이 규정한 것처럼 취소채권자와 일반채권자들의 채권이 만족되어 채권자취소권 행사의 목적이 달성되었다면, 즉 채무자가 무자력을 벗어나게 되었다면 그 범위로 취소액은 제한되어야 할 필요성¹⁶⁹⁾이 있다고 본다. 이는 결국 채권자취소권의 일반적 효력 중 취소범위와 관련하여 채권자평등주의를 전제로 취소채권자의 채권액을 초과하여 취소할 수 있다고 하되 거래의 안전 및 수익자/전득자의 보호라는 가치에 의해 그 행사가 제한될 수 있음을 의미하는 것으로, 이와 같이 취소범위를 산정하는 것이 채권자평등주의의 취지를 살리면서도 거래의 안전 및 수익자 및 전득자의 보호를 도모할 수 있기 때문에 타당하다¹⁷⁰⁾고 본다.

168) 윤진수/권영준(주 2), 523면; 곽윤직(주 4), 145면.

169) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결도, “채권자취소권은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 일반재산을 감소시키는 행위를 한 경우에 그 행위를 취소하여 채무자의 재산을 원상회복시킴으로써 채무자의 책임재산을 보전하기 위하여 인정된 권리로서, 사해행위의 취소 및 원상회복은 책임재산의 보전을 위하여 필요한 범위로 한정되어야 하므로, 원래의 책임재산을 초과하는 부분까지 원상회복의 범위에 포함된다고 할 수 없다”라고 하여 채권자취소권 행사는 ‘책임재산의 보전’이라는 제도의 목적을 위하여 필요한 범위로 한정되어야 한다는 입장이다.

170) 이계정(주 36), 589면에서는 취소범위를 취소채권자의 채권액으로 한정하고 예외적으로 이를 초과하여 취소할 수 있다는 현재 판례가 ‘평등주의의 취지를 살리면서도 거래의 안전을 도모한다’는 점에서 타당하다’고 서술하였다. 하지만, 생각건대, 채권자취소권제도는 본래 거래의 안전 및 수익자의 기대이익 보다 채무자의 일반채권자를 우선하는 제도이기 때문에 취소범위와 관련해서도 원칙

제 5 장 채권자평등주의가 침해되는 구체적 사안에 대한 검토

제 1 절 편파행위

I. 편파행위의 개념 및 취소할 수 있는지 여부

일반적으로 사해행위와 편파행위는 구분되는 개념으로 설명된다. 먼저, 엄격한 의미에서 사해행위란 무자력 혹은 무자력에 직면한 채무자의 책임재산을 감소시키는 행위이다. 즉, 채무자의 재산처분행위로 말미암아 공동담보의 부족이 생기고, 이로 인해 채권자들이 채무자로부터 충분한 채권만족을 얻을 수 없게 되는 것을 말한다.¹⁷¹⁾ 반면, 편파행위란 총 재산의 증감은 없지만 일부 채권자에게만 독점적인 만족을 주어 채권자 간 평등을 저해하는 법률행위이다.¹⁷²⁾ 채무자회생법 제100조 제1항 제2호 및 제391조 제2호는 ‘회생채권자(파산채권자)를 해하는 행위’와 ‘담보의 제공 또는 채무의 소멸에 관한 행위’라는 문언의 구별을 통해 양자를 구별하고 있고, 판례¹⁷³⁾도 ‘파산자의 일반재산을 절대적으로 감소시키는 사해행위 외에 채권자 간의 평등을 저해하는 편파행위’라 하여 양자를 명확히 구별하고 있다. 하지만, 강학상 두 법률행위가 구분될 수는 있다 하

적으로 채권자평등주의를 고려해 취소채권자의 채권액을 초과해 산정할 수 있도록 하는 것이 본 제도의 취지에 더 부합하다고 본다. 아울러, 거래의 안전 및 수익자의 이익이 무제한적으로 침해될 수는 없기 때문에 취소범위 산정과 관련해 일정한 한계를 부과하는 것이 ‘평등주의의 취지를 살리면서도 거래의 안전 등을 도모할 수 있다.’는 표현에 더 어울린다고 보아 위 본문과 같이 서술하였다.

171) 전원열(주 29), 252면.

172) 전원열(주 29), 252면.

173) 2004. 3. 26. 선고 2003다65049 판결.

더라도, 채무자가 행한 편파행위를 사해행위에 포섭시켜 채권자취소권 행사의 대상으로 보는데 해석상 무리가 있는 것은 아니라 본다.¹⁷⁴⁾ 채무자가 무자력 혹은 무자력에 직면한 상황에서는 채권자의 직접적인 공동담보가 될 수 있는 ‘적극재산’이 중요할 뿐이다. 그렇기에, 특정 채권자에게만 적극재산을 일출하는 편파행위도 채무자가 무자력인 상황에서는 ‘적극재산의 일출’이라는 측면에서 사해행위에 포섭될 수 있다고 본다. 아울러, ‘소극재산의 감소’를 고려한다고 하더라도 채무초과 상태에서 일반채권자의 채권의 실질가치는 그 액면가치보다 떨어지는데, 채무자가 그 액면가치 그대로 특정채권자에게 변제 등 편파행위를 한다면 채무자의 책임재산이 편파행위를 하기 이전보다 감소하였다고 보기에 무리가 없다.¹⁷⁵⁾ 요컨대, 채무초과 상태의 채무자가 행한 편파행위는 사해행위에 포섭되어 채권자취소권 행사의 대상이 될 수 있다고 판단된다.

II. 부인권에서 편파행위 규율과의 비교

‘채무자 희생 및 파산에 관한 법률¹⁷⁶⁾’에 따라 부인권은 사해행위 뿐만 아니라 편파행위를 대상으로 행사될 수 있다. 여기서, 편파행위는 그

174) 최준규, “물적담보 제공행위의 사해성 판단 기준”, 「법학논총」 제33집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2016, 265면.

175) 최준규(주 174), 265면.

176) 제391조 (부인할 수 있는 행위) - 파산절차

파산관재인은 파산채단을 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 부인할 수 있다.

1. 채무자가 파산채권자를 해하는 것을 알고 한 행위. 다만, 이로 인하여 이익을 받은 자가 그 행위 당시 파산채권자를 해하게 되는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.
2. 채무자가 지급정지 또는 파산신청이 있는 후에 한 파산채권자를 해하는 행위와 담보의 제공 또는 채무소멸에 관한 행위. 다만, 이로 인하여 이익을 받은 자가 그 행위 당시 지급정지 또는 파산신청이 있는 것을 알고 있을 때에 한한다.
3. 채무자가 지급정지나 파산신청이 있는 후 또는 그 전 60일 이내에 한 담보의 제공 또는 채무소멸에 관한 행위로서 채무자의 의무에 속하지 아니하거나 그 방법 또는 시기가 채무자의 의무에 속하지 아니하는 것. 다만, 채권자가 그 행위 당시 지급정지나 파산신청이 있는 것 또는 파산채권자를 해하게 되는 사실을 알지 못한 경우를 제외한다.
4. 채무자가 지급정지 또는 파산신청이 있는 후 또는 그 전 6월 이내에 한 무상행위 및 이와 동일시할 수 있는 유상행위

의무에 따른 본지변제인지 여부에 상관없이 특정채권자에게만 독점적인 만족을 주어 채권자평등을 해하는 행위이면 부인될 수 있다. 이는 부인권은 도산절차 내에서 행사되는 권리로서 채무자의 책임재산의 회복뿐만 아니라 일반채권자들이 공평하게 변제받도록 하려는 목적도 동시에 가지고 있기 때문이다.¹⁷⁷⁾ 반면, 채권자취소권은 도산절차가 전제되지 않은 상황 속에서 개별 채권자에 의해 행사되는 권리이기 때문에 비록 민법 제407조에 의해 채권자평등주의가 보장되어 있다고 하더라도 부인권에서 큼 본 원칙이 철저히 관철될 수는 없다. 그렇다면, 채권자취소권의 대상으로서 편파행위를 인정할지, 편파행위의 구체적인 유형 중 어느 선까지 취소할 수 있다고 보아야 할지의 문제는 채권자취소권과 부인권의 행사대상을 어느 정도로 통합하여 운영할 것인지의 문제로, 궁극적으로는 채권자취소권에서 채권자평등주의의 적용범위와 한계를 규정하는 문제로 직결된다. 생각건대, 채권자취소권과 부인권은 채무자의 책임재산 보전이라는 동일한 목적을 가지고 있기 때문에 최대한 정합적으로 운영되어야 한다고 본다. 하지만, 도산상태를 전제로 하는지 여부와 관련하여 근본적인 차이가 있기 때문에 각각의 권리에 있어 채권자평등주의가 적용되는 정도는 차이가 있을 수밖에 없고, 이는 결국 행사대상에서의 차이를 야기한다고 본다. 요컨대, 양 권리에서 채권자평등주의가 관철되어야 하는 정도가 다르기 때문에 편파행위에 대한 규율은 차이가 있을 수밖에 없고 이하에서는 편파행위의 구체적인 유형을 세분화하여 각각 채권자취소권 행사의 대상이 될 수 있는지 살펴보도록 하겠다.

III. 편파행위의 구체적 유형에 대한 검토

1. 서설

부인권에서는 특정채권자에게만 독점적인 만족을 부여하여 채권자평등을 해하는 편파행위에 해당한다면 본지변제인지 여부에 상관없이 부인

177) 전원열(주 29), 253면.

가능하다. 이는, 도산절차 내에서 행사되는 부인권의 목적이 채무자의 책임재산을 확보하는 것 일뿐만 아니라 이를 채권자들에게 공평하게 배분하려는 목적도 동시에 가지기 때문임은 앞서 살펴본 바와 같다. 하지만, 채권자취소권은 도산절차가 전제되지 않은 상황에서 단지 채무초과 상태의 채무자가 행한 법률행위를 대상으로 행사되는 권리이기 때문에, 채무자의 재산처분의 자유를 무한정으로 제한할 수는 없다. 이하에서는, 편파행위의 유형을 본지변제와 비본지변제로 구분하여 살펴봄으로써 각각의 편파행위를 취소할 수 있는지, 취소할 수 있다면 그 한계는 무엇인지 살펴해보도록 하겠다. 이는 결국, 부인권과는 근본적인 차이가 있는 채권자취소권에서 채권자평등주의가 어느 정도로 관철될 수 있는지의 문제와 직결된다.

2. 본지변제

(1) 학설

본지변제는 원칙적으로 사해행위에 해당하지 않는다는 주장의 논거는 다음과 같다. 먼저, 채권자가 채무자의 채무변제를 요구하는 것은 채권자의 당연한 권리이며 다른 채권자가 존재한다는 이유로 방해받아서는 안 되고, 채무자가 무자력이라 하더라도 채무이행을 거절할 수 없기에 채권자에게 변제를 하여야 할 의무는 면제되지 않는다고 한다.¹⁷⁸⁾ 또한, 채무자로부터 변제받기 위하여 일반채권자들보다 앞장서 채권회수에 노력한 ‘근면한 채권자’를 보호해야 할 필요성이 있다는 점도 논거로 제기된다.¹⁷⁹⁾ 수익자가 기존의 채권자라면 자신의 채권에 따라 변제받기 위하여 법률행위를 했을 가능성이 농후한데, 이와 같은 채권추심 행위를 사해행위로 본다면 현재 수익자의 악의추정의 번복을 쉽게 인정하지 않는 판례 하에서 수익자면서 채권자인 자를 충분히 보호하기 어렵다는 것이

178) 김준호, 민법강의(제24판), 법문사, 2018, 603면.

179) 이재열, 채권자취소권의 요건에 대한 재해석, 「민사법학」 제41호, 한국민사법학회, 2008, 189면.

다. 아울러, 본지변제에 대해서 원칙적으로 부인권을 행사할 수 있다는 점과 관련하여, 채무자회생 및 파산에 관한 법률에서의 부인권은 파산절차에서 적용되는 것이기 때문에 파산절차가 개시되기 전 단계인 채권자취소소송에서는 부인권의 범리가 쓰일 수 없다는 주장도 논거로 제기된다.¹⁸⁰⁾

본지변제의 경우 원칙적으로 사해행위로 취소할 수 있다는 견해도 존재한다. 우리는 채권자취소권의 효력과 관련하여 민법 제407조를 두어 채권자평등주의를 취하고 있는바, 특정채권자에게만 독점적인 채권의 만족을 준다면 그것이 비록 본지변제에 해당한다고 하더라도 사해행위성을 부정할 수 없는 점, 본지변제가 도산절차 전 채권자취소권에 의해 취소될 수 없다면 파산절차가 쉽게 개시되지 않고 파산절차상 부인권을 이용하여 구제받을 수 있다는 확신이 있지 않은 현실에서 특정 채권자를 제외한 다른 채권자들의 보호에 충분치 않다는 점을 근거로 한다.¹⁸¹⁾ 아울러, 본지행위는 원칙적으로 취소할 수 없다고 보는 견해는 채무자의 통모가 있는 경우를 예외 요건으로 설정하고 있는데, 이에 대하여 채무자의 사해행위성을 판단하는 것은 채권자취소권과 관련한 객관적 요건임에도 통모라는 주관적 요건으로 반복이 가능하다고 보는 것은 논리적으로 맞지 않다는 견해도 존재한다.¹⁸²⁾

(2) 본지변제와 관련한 판례

채무의 본지에 따른 변제에 관하여 판례는 원칙적으로 사해행위성을 부정하고 있다. 판례¹⁸³⁾는 “채권자가 채무의 변제를 구하는 것은 그의 당연한 권리행사로서 다른 채권자가 존재한다는 이유로 이것이 방해받아서 아니되고 채무자도 채무의 본지에 따라 채무를 이행할 의무를 부담

180) 한삼인/김상현, 채권자취소권의 요건에 관한 비판적 고찰, 「동아법학」 제56호, 2012, 275면.

181) 이순동(주 5), 260-262면.

182) 양형우, “채권자취소권에 관한 민법개정안의 검토”, 「민사법학」 제69호, 한국민사법학회, 2014, 477면.

183) 2001. 4. 10. 선고 2000다66034 판결.

하고 있어 다른 채권자가 있는 경우라도 그 채무이행을 거절하지는 못하므로, 채무자가 채무초과의 상태에서 특정채권자에게 채무의 본지에 따른 변제를 함으로써 다른 채권자의 공동담보가 감소하는 결과가 되는 경우에도 이 같은 변제는 채무자가 특히 일부의 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 변제를 한 경우를 제외하고는 원칙적으로 사해행위가 되는 것은 아니라고 할 것”이라고 하였다.

즉 본지변제는 원칙적으로 사해행위가 되지 않고, 예외적으로 채무자가 특정 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 갖고 변제를 한 경우에 한해 사해행위가 성립할 수 있다는 입장이다. ‘통모’와 관련된 구체적인 판시사항은 이하에서 살펴보도록 하겠다.

(3) 통모와 관련한 대법원 및 하급심 판결

가. 대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다60822 판결.

우선 본 판례는 ‘통모’에 대한 입증책임의 주체와 구체적인 판단기준에 대하여, “채무자가 특히 일부의 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 변제 내지 채권양도를 하였는지 여부는 사해행위임을 주장하는 사람이 입증하여야 할 것인데, 이는 수익자의 채무자에 대한 채권이 실제로 존재하는지 여부, 수익자가 채무자로부터 변제 내지 채권양도를 받은 액수 및 양도받은 채권 중 실제로 추심한 액수, 채무자와 수익자와의 관계, 채무자의 변제능력 및 이에 대한 수익자의 인식, 변제 내지 채권양도 전후의 수익자의 행위, 그 당시의 채무자 및 수익자의 사정 및 변제 내지 채권양도의 경위 등 제반 사정을 종합적으로 참작하여 판단하여야 한다.”라고 설시한 바, 통모에 대한 입증책임의 주체는 취소채권자이고 이는 위와 같은 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다는 입장이다.

나아가, 본 판례사안을 살펴보면, 원고는 소외A(약품회사)에 대하여 1,035,000,000원 상당의 약속어음채권을 가지고 있고, 피고는 소외A회사

의 대표이사인 소외B의 처남으로 인척관계에 있는바 소외 A는 무자력 상황에서 피고에 대한 1,035,000,000원의 채무 변제 명목으로 부도 발생 전날 자신이 보유하고 있던 채권을 양도하였다. 소외 A의 피고에 대한 채권양도 시 통모유무와 관련하여 본 판례는 피고가 이 사건 채권양도를 받은 시점이 소외A의 부도 직전이고 소외A 회사의 대표이사과 인척관계에 있다고 하더라도, ① 피고는 소외A에 대하여 10억원 상당의 채권이 실제 존재하는 점, ② 부도전후에 걸쳐 소외 A는 원고, 피고, 그 밖의 채권자들에게 외상채권의 양도, 신용있는 거래처에 의한 소외 A의 채무에 대한 지급보증 제공, 소외 A의 대표이사 개인 소유의 부동산 담보 제공, 담보용 어음 제공 등의 방법으로 채무를 변제(대물변제)하거나 담보제공을 하여준 점, ③ 소외A와 소외B는 부도 전 피고가 물상보증하였던 피고 소유 부동산에 대한 근저당권을 해제하여 주고 피고에게 매월 1억원씩 변제하며 이를 이행하지 아니한 때에는 소외A 소유의 동산, 외상채권 등을 모두 피고에게 양도하기로 약정하였는바 이 사건 채권양도는 그 약정에 따른 것으로 보이는 점, ④ 피고가 소외A로부터 채권양도를 받았더라도, 이에 따른 실제 회수율이 어느정도 될지는 불확실한 점 등을 근거로 소외 A와 피고가 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 채권양도를 하였다고는 보기 어렵다고 판시하였다.

본 판례는 채무자와 피고가 인척관계이고 적극재산의 일출행위가 부도 직전 발생하였다 하더라도, 그 행위가 정상적인 채권채무관계에 따라 이루어진 것이라면 통모를 부정하여야 한다는 입장으로 ‘통모’에 대한 판단을 매우 엄격한 요건하에 인정하고 있는 것으로 보인다. 아울러, ‘통모’를 부정하는 근거와 관련하여 판례는 부도 직전 채무자가 피고뿐만 아니라 원고 등에 대해서도 변제행위를 한 점을 제시하고 있는 바, 사업진행이 어려운 채무자에 대해서는 채권자들의 적극적인 채권회수가 기대되기 때문에 본 사안에서 피고가 적극재산을 지급받은 행위도 여타의 채권자들과 마찬가지로 채권 본지에 따른 정상적인 추심행위라 판단한 것으로 보인다. 만일, 이와 같은 행위에 대해 ‘통모’를 이유로 사해행위성을 쉽게 인정한다면, 사해행위 취소에 따른 가액반환의 경우 취소채권자의 우선

적인 만족을 허용하는 판례와 결합하여 결과적으로 채권자들로 하여금 자발적 채권회수에 나서는 것을 주저하게 만들고 결국 채무자가 사업을 진행하는 것이 비효율적인 상황에서도 사업진행이 계속될 수 있다는 점에서 문제가 있을 것이라 생각된다.¹⁸⁴⁾ 아울러, 판례는 피고가 지급받은 채권으로부터 실제 추심할 수 있는 채권액이 불확실한 점도 통모를 부정하는 하나의 요건으로 제시하고 있는바, 이는 소외A와 수익자 간 통모에 의해 채권양도가 이루어졌다면 지급받은 채권의 액면상 가치 그대로 추심할 수 있었을 것이라는 점을 생각해본다면 타당한 논거라 생각된다.

나. 대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다66034 판결.

본 사안에서, 피고는 1995. 11. 30.부터 1996. 8. 31.까지 15회에 걸쳐 합계 441,510,000원을 소외 A에 대여하였다가 그 중 일부 금원을 변제받았는데, 무자력 상황의 소외A가 피고에 대하여 금원지급행위를 한 것에 있어 ‘통모’유무와 관련해 판례는, ① 피고의 소외 A에 대한 대여금은 원래 변제기의 정함이 없던 것이었으나 피고가 그 변제를 요구함으로써 변제기가 도래하였던 점, ② 변제받은 금액이 대여금액의 40% 정도인 점, ③ 변제를 받는 기간 중에도 일부 금원을 추가로 대여한 점을 근거로 피고가 변제를 받아간 시점이 소외A의 자금사정이 악화된 시점 이후이고 피고와 소외A 회사의 대표이사인 소외B가 사실상 부부라고 할지라도 소외A의 금원지급행위가 피고와의 통모에 따른 사해행위라고 단정할 수는 없다고 판시하였다. 본 판례는, 피고가 채무자로부터 변제를 받은 금액이 대여금액의 일부이고 변제를 받으면서도 대여를 해 준 점을 근거로 정상적인 채권채무관계에 따른 금원지급행위라 판단하고 통모를 배제한 것이라 판단된다.

다. 서울남부지방법원 2015. 6. 10. 선고 2015가합109530 판결.

184) 최준규(주 174), 266면.

본 사안에서, 소외 A는 소외 B에게 유일한 재산인 부동산을 매도하였음에도 원고(대한민국)에 양도소득세를 납부하지 않고, 피고계 위 매매대금으로 충당된 금원을 지급함으로써 무자력상황에 이르게 되었다. 이와 관련해 서울남부지방법원은 원고의 소외A에 대한 조세채권의 피보전채권성을 인정¹⁸⁵⁾하고, ‘통모’ 유무에 대한 판단과 관련하여 ① 소외 A는 원고에 대한 이 사건 양도소득세를 납부하기에 충분한 이 사건 부동산의 매매대금 또는 매매대금 채권을 가지고 있었는데도 원고에게 위 양도소득세를 납부하지 아니한 채 피고에게 이 사건 금원지급행위를 한 점, ② 이 사건 부동산의 매매대금 외에는 양도소득세를 납부할 재산이 없었던 점, ③ 소외 A는 사실상 유일한 재산인 이 사건 부동산을 매도한 후 피고에게 같은날 위 금원지급행위를 한 바, 소외 A는 고가의 이 사건 부동산을 타인에게 매도할 경우 거액의 양도소득세가 부과될 것이라는 점을 충분히 예상할 수 있었음에도 자신의 처인 피고에게 전달한 점, ④ 피고가 소외 A의 재산세 채무를 대납하는 등 소외 A를 대신하여 채무를 부담하고 이와 별도로 소외 A에게 금원을 대여한 사실이 인정되기는 하지만, 그 후 소외 A가 피고에게 송금한 돈도 이에 엇비슷한 정도로 인정이 되어 결국 피고의 소외 A에 대한 채무가 실제 존재하는지, 존재한다면 얼마나 존재하는지 여부가 불확실한 점, ⑤ 피고의 소외 A가 자신에 대하여 채무를 부담하고 있다는 주장을 하고 있을 뿐, 그 변제기에 관하여는 어떠한 구체적인 주장, 입증도 아니하고 있어 비록 소외 A가 피고에 대하여 채무를 부담하고 있더라도 이는 변제기의 정함이 없는 채무들이라고 봄이 타당한 점 등을 들어 통모를 인정하였다. ④, ⑤를 주목하여 살펴보면, 본 판시는 채무자가 피고에게 금원지급행위를 한 것을 변제로 전제하고 통모 유무에 대하여 판단을 할 시 실제 피고의 채무자

185) 본 하급심판결은, “소외 A가 이 사건 부동산을 양도함으로써 이 사건 양도소득세의 납세의무가 추상적으로 성립되었고, 이는 그 후 부과처분 된 이 사건 양도소득세의 기초적 법률관계에 해당한다. 또 한, 그 후 원고가 소외 A에게 납부기한을 정하여 부과처분을 한 점을 비추어보면, 이 사건 양도소득세 채권이 성립하리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있었을 뿐만 아니라 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 이 사건 양도소득세 채권이 구체적으로 성립하였으므로, 이 사건 양도소득세 채권은 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다.”고 판시하였다.

에 대한 채권의 존재, 채권액을 중점을 두어 통모유무를 판시한 것으로 보인다. 즉, 원고가 채무자의 금원지급행위를 ‘변제’가 아닌 ‘증여’임을 적극적으로 입증하지 못하더라도, 피고의 채무자에 대한 채권이 실제 존재하는지 여부, 채권액이 불투명한 상황에서는 통모를 인정할 여지가 많을 것이라 생각된다. 아울러, 위 대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다66034 판결은 피고의 채무자에 대한 채권이 변제기의 정함이 없는 채권이라 하더라도 이에 대하여 피고의 청구가 있으면 변제기가 도래하기에 통모 유무를 판단할 시 고려할 필요가 없다는 입장인 반면 본 판시는 ‘변제기의 정함이 없는 채무’인 점을 통모인정의 한 근거로 제시하고 있는데, 생각건대 채무의 존재 및 채무액이 불확정적인 것의 한 근거로서 이와 같은 점을 제시한 것이라 판단된다.

(4) 검토

생각건대, 채권자취소권과 부인권은 그 목적상 동일성에도 불구하고, 본질적으로 다른 권리이기 때문에 채권자취소권의 행사와 관련해서는 부인권에서만 채권자평등주의가 엄격하게 관철될 수는 없다고 본다. 왜냐하면, 도산절차가 전제되지 아니한 상황이라면 채권자평등주의뿐만 아니라 채무자의 재산처분의 자유, 거래의 안전, 수익자의 기대이익에 대한 보호도 고려되어야 하기 때문이다. 그렇기에, 특정채권자에게만 독점적인 만족을 주어 채권자 간 평등을 해하는 편파행위라 하더라도 사해행위로서 취소될 수 없는 법률행위가 존재할 수 있고, 그것이 의무에 따른 변제, 즉 본지변제라 본다. 즉, 본지변제는 ‘채권자의 정당한 추심과 채무자의 의무에 기한 법률행위’로 도산절차가 전제되지 않은 상황에서 이와 같은 채무자와 채권자 겸 수익자의 법률행위를 보호할 필요성이 더 높다고 할 수 있다. 그렇기에, 채권자평등주의를 침해하는 편파행위에 해당하더라도, 본지변제는 원칙적으로 채권자취소권 행사의 대상에서 제외되어야 할 것이고, 여기에 채권자취소권에서 ‘편파행위’의 취급과 관련하여 채권자평등주의의 적용상 한계가 존재한다고 할 수 있다. 하지만, 본지변

제의 경우 원칙적으로 사해행위로 취소될 수 있다는 견해는 ‘도산절차가 개시되지 않은 상황에서 채무자의 본지변제를 허용한다면 다른 채권자를 보호하는데 미흡한 점’을 근거로 제시하는바, 생각건대, 도산절차가 전제되지 않은 상황에서는 앞서 서술한 바와 같이 일반채권자의 이익뿐만 아니라 채무자의 재산처분의 자유 등을 고려해야 하기 때문에 이와 같은 상황에서 도산절차 후 일반채권자의 채권만족까지 염두에 둘 수는 없다고 본다. 이렇게 된다면, 취소채권자를 포함한 일반채권자의 이익만을 지나치게 보장하게 되어 형평과 공평을 목적으로 하는 채권자취소권 제도의 취지는 몰각될 것이다. 아울러, 부인권에서의 행사대상이 채권자취소권에서 보다 협소할 수는 없기 때문에 본지변제도 채권자취소권 행사의 대상이 될 수 있다고 한다면, 본지변제가 부인될 수 있다는 부인권 조항은 무의미한 규정이 될 것이다. 그렇기에, 본지변제에 대한 부인권 조항의 존재의의 및 입법자의 의도 측면에서도 본지변제에 대해서는 채권자취소권의 행사가능성을 원칙적으로 부정하는 것이 바람직하다고 본다. 이와 같이, 본지변제의 경우 원칙적으로 사해행위로 취소될 수 없다는 결론에는 동의하지만, 본 견해가 제시하는 논거인 ‘무자력의 채무자로부터 적극적으로 채권추심을 한 채권자를 보호하기 위하여’라는 취지의 주장에는 동의할 수 없다. 후술하겠지만, 본지변제가 아닌 비본지변제의 경우에는 원칙적으로 사해행위로서 취소될 수 있다고 보는바, 본지변제가 취소될 수 없다고 보는 이유는 채무자로부터 채권추심을 한 기존의 채권을 보호하기 위해서가 아니라 정상적인 채권채무관계에 따른 본지의 채권추심행위를 보호하기 위함이다. 그렇기에, 뒤에서 살펴보게 될 대물변제의 경우에는 비본지행위의 하나로서 원칙적으로 취소될 수 있다고 본 것이다. 아울러, 본지변제 행위가 취소된다고 하더라도 채무자에 대하여 편파행위 당시 채권을 가지고 있었던 수익자 겸 채권자는 추후 진행되는 강제집행 절차에서 배당요구를 함으로써 안분액에 해당하는 권리를 주장할 수 있고 일출재산 중 원상회복 되는 재산을 제외한 부분은 계속 보유할 수 있기 때문에 이들을 보호하는데 충분하다고 판단된다.

하지만, 본지변제에 해당한다고 하여 어느 상황에서도 사해행위 취소

권 행사의 대상이 될 수 없는 것은 아니다. 왜냐하면 사해행위 취소권이 행사되는 경우는 취소채권자, 채무자, 수익자 등의 이해가 복잡하게 얽혀 있는 경우가 많기에 채무자와 수익자 간의 관계만 고려될 수 없기 때문이다. 즉, 채무자와 수익자 간의 편파행위가 취소채권자의 이익을 지나치게 침해하는 것이라면 공평과 형평을 목적으로 하는 채권자취소권 제도의 취지에 따라 허용되어서는 안 될 것이다. 이와 관련하여, 우리 판례¹⁸⁶⁾는 본지에 따른 변제라 하더라도 그것이 채무자와 수익자 간의 ‘통모’에 의한 것이라면 취소될 수 있다는 입장이다. 구체적인 판단과 관련해서는 위에서 살펴본 바와 같이, 일률적인 기준에 의하기 보다는 변제 행위와 관련한 여러 사정을 종합적으로 고려하여 본지변제의 사해행위성을 긍정하고 있는 것으로 보인다. 하지만, 판례가 제시하는 ‘통모’요건은 채권자취소권의 일반적인 요건인 수익자의 ‘단순 악의’와 명확히 구별되지 않는 것으로 보이고 이에 따라 그 개념적인 불명확성으로 실무상 채무자 및 채무자로부터 채권을 추심하고자 하는 채권자들에게 명확한 지침을 주지 못하고 있다.¹⁸⁷⁾ 그렇기에, 본지변제에 대한 채권자취소권 행사와 관련된 요건은 판례상 ‘수익자의 악의적인 유도’ 내지는 ‘수익자의 채권추심 행위가 권리남용에 해당하는 경우’¹⁸⁸⁾라는 문구를 사용하여 일반화하는 것이 바람직하다고 판단된다.

3. 대물변제

(1) 학설

대물변제가 사해행위가 되지 않는다는 견해는 대물변제도 본지변제와 동일하다는 점을 주된 근거로 삼고 있는데, 채무자가 채권자에게 행한 변제는 원칙적으로 채권자취소권 행사의 대상이 되지 않는다는 전제하에

186) 대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다66034 판결, 대법원 2003. 6. 24. 선고 2003다1205 판결.

187) 최준규(주 174), 266면.

188) 최준규(주 174) 266면에서는 본지변제에서의 ‘통모’요건 대신 “수익자의 채권추심 행위가 권리남용에 해당하는 경우”를 제시하고 있다.

대물변제와 변제 모두 순재산에 변동이 없다는 점에서 본질적으로 동일한 점, 민법의 체계상 대물변제는 변제의 한 종류에 불과하고 그 효력도 동일하다는 점 등이 논거로 제시¹⁸⁹⁾된다. 아울러, 대물변제에 대해 채권자취소권 행사를 인정할 경우, 만약 수익자가 대물변제로 받은 채권에 대하여 추심을 마친 상태와 같이 원상회복이 가액배상에 의할 수밖에 없을 때, 취소채권자는 이로 인해 사실상 우선변제를 받을 수 있는데 이와 같은 결과는 자신의 채권을 변제받기 위하여 부지런하게 움직인 수익자 겸 채권자의 이익을 지나치게 침해하게 된다는 점도 논거로 제기¹⁹⁰⁾된다. 즉, 채권자평등주의를 이유로 채무자와 수익자 사이에 이루어진 법률행위를 취소하면서 결과적으로 취소채권자에게만 우선변제권을 인정하게 되는 상황이 되어 결국 채권자평등주의를 침해하게 되는 모순이 발생한다는 것이다.

반면, 대물변제는 원칙적으로 사해행위에 해당한다는 견해는 대물변제는 본지변제와는 본질적으로 다른 것으로 채무자의 고유의 의무가 아니라는 점을 주된 논거로 제시하는데 채무자는 채무의 내용에 따른 변제, 즉 본지에 따른 변제를 할 의무는 존재하지만 그에 더 나아가 대물로 변제할 의무는 존재하지 않는다는 것이다.¹⁹¹⁾ 아울러, 대물변제가 이루어지기 위해서는 채무자와 수익자 사이에 별도의 합의가 필요한데, 그러한 합의를 할 시 사해성이 내포된 통정이 이루어질 가능성이 높다는 점도 논거로 제기된다.¹⁹²⁾ 요컨대, 대물변제에 대해서 사해성을 인정하는 견해는 본지에 따른 변제는 사해성이 부정됨을 전제로 하여 대물변제는 본질적으로 변제와는 다른 것이고 대물변제 자체에 사해성이 내포될 수 있음을 근거로 원칙적으로 취소될 수 있다는 입장이다.

189) 서인검, 채권자취소권에서 채권자인 수익자의 보호에 관한 고찰, 「법조」 제59권 제2호, 2010, 62-63면.

190) 주선아, “일부 채권자에게 기존채무의 이행과 관련하여 다른 채권을 양도하는 경우의 사해성 판단”, 「민사판례연구」 제35권, 박영사, 2013, 248면.

191) 김미리, “사해행위의 판단 기준과 대물변제의 사해성 판단”, 「대법원판례해설」 제85호, 법원도서관, 2010, 127면.

192) 김미리(주 191), 136-137면.

(2) 판례

대물변제를 취소할 수 있는지와 관련하여 종래 판례¹⁹³⁾는 통설¹⁹⁴⁾의 입장에 따라 상당한 가격으로 이루어진 대물변제는 채권자취소권의 대상이 될 수 없다고 판시하였다. 그러나 이후 판례는 채무초과의 상태에서 대물변제를 하는 행위는 원칙적으로 사해행위에 해당한다는 입장으로 변화하였다. 구체적으로, 판례¹⁹⁵⁾는 “채무자의 재산이 채무의 전부를 변제하기에 부족한 경우에 채무자가 그의 재산을 어느 특정 채권자에게 대물변제나 담보조로 제공하였다면 특별한 사정이 없는 한 이는 곧 다른 채권자의 이익을 해하는 것으로서 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 되는 것이고, 위와 같이 대물변제나 담보조로 제공된 재산이 채무자의 유일한 재산이 아니라거나 그 가치가 채권액에 미달한다고 하여도 마찬가지라고 할 것”이라고 판단하였다. 단, “담보권자 등 사실상 우선변제를 받을 수 있는 지위에 있는 채권자에게 대물변제로 양도하는 경우에 대하여는, 그것이 피담보채권액의 범위 내에서 목적물의 가액을 상당한 가격으로 평가하여 이루어진 것인 한, 사해행위가 되지 않는다고 보아야 한다”라는 입장¹⁹⁶⁾을 취하고 있다.

결국 판례는, 기존에 대물변제와 관련하여 일정한 경우 사해행위가 되지 않는다는 입장이었다가 대물변제는 원칙적으로 사해행위가 된다는 입장으로 변화하게 되었다.

(3) 검토

생각건대, 대물변제는 본지변제와 근본적으로 구분되는 것이고 대물변제 계약을 할 시 채무자와 수익자 사이에 사해성이 내포된 합의가 이루어질 가능성이 높기 때문에 원칙적으로 채권자취소권 행사의 대상이 될

193) 대법원 1962. 11. 15. 선고 62다634 판결(대법원 1967. 4. 25. 선고 67다75 판결도 같은취지)

194) 주선아(주 190), 234면.

195) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2007다18218 판결.

196) 대법원 2002. 9. 24. 선고 2001다44857 판결.

수 있다고 보아야 한다. 즉, 채무자로서는 무자력 혹은 무자력의 직면한 상황에서도 도산절차가 전제되지 않는 한 채무 본지에 따른 변제를 할 의무가 존재하지만 대물로써 변제할 의무는 존재하지 않기 때문에 모든 채권자의 채권을 충족시킬 수 없는 채무초과 상태에서 특정의 채권자와만 대물변제계약을 맺고 이에 따라 기존 급부의 목적물이 아닌 다른 목적으로 변제하는 행위에는 여타의 채권자를 해하려는 ‘사해의사’와 수익자의 ‘악의’가 내포되어 있을 가능성이 높다고 생각된다. 그렇기에, 같은 편파행위지만 대물변제는 본지변제와는 다르게 취급되어야 한다고 본다.

채권자취소권에서 채권자평등주의의 적용과 관련하여, 부인권에서만 본 원칙이 철저히 적용될 수는 없기 때문에 본지변제에 대해서는 원칙적으로 그 행사가 부정되어야 함은 앞에서 밝힌 바와 같다. 하지만, 비록 도산절차가 전제되어 있지는 않다고 하더라도 민법 제407조에서 채권자평등주의를 명문으로 보장하고 있고 이에 따라 채권자취소권 행사의 결과 원상회복이 이루어진 후의 강제집행에서 취소채권자를 포함한 일반채권자가 동등하게 채권만족을 얻게 되는 점을 고려하면, 채권자평등주의는 원칙적으로 관철되어야 한다. 그렇기에, 채무자가 무자력 상황에서 행한 편파행위는 그것이 본지변제가 아니라면 원칙적으로 취소될 수 있다고 보아야 한다. 이는 채권자취소권과 부인권의 본질적인 차이에도 불구하고, 책임재산 보전제도로서의 존재목적이 동일하기 때문에 최대한 정합성을 높이는 방향으로 운영되어야 하기 때문이기도 하다. 아울러, 가액반환에 따라 채권자 중 1인에 불과한 취소채권자에게 우선적인 만족권을 부여하는데서 오는 불합리성은 가액배상과 관련한 배당절차가 미비한 현실에서 상계설을 취함으로써 발생하는 결과이므로, 사해행위 인정여부에 대한 법리구성을 달리 하여 이를 해소하고자 하는 것은 적절한 수단이 될 수 없다.¹⁹⁷⁾ 이는 가액반환과 관련한 절차를 개선하여 해결할 문제로 추후 제5장에서 논증하도록 하겠다.

4. 대물변제로 채권을 양도한 경우

197) 이순동(주 5), 260면.

(1) 판례

대물변제로 채권이 양도되었을 경우, 사해행위 취소권을 행사할 수 있는지 여부와 관련하여 판례¹⁹⁸⁾는 “채무초과의 상태에 있는 채무자가 여러 채권자 중 일부에게만 채무의 이행과 관련하여 그 채무의 본래 목적이 아닌 다른 채권 기타 적극재산을 양도하는 행위는, 채무자가 특정 채권자에게 채무 본지에 다른 변제를 하는 경우와는 달리 원칙적으로 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 될 수 있고, 다만 이러한 경우에도 사해성의 일반적인 판단 기준에 비추어 그 행위가 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 없는 경우에는 사해행위의 성립이 부정될 수 있다.”라고 판시하였다. 아울러, 편파행위의 사해성 판단의 구체적 기준과 관련하여 “채무자가 책임재산을 감소시키는 행위를 함으로써 일반채권자들을 위한 공동담보의 부족상태를 유발 또는 심화시킨 경우에 그 행위가 채권자취소의 대상인 사해행위에 해당하는지는, 목적물이 채무자의 전체 책임재산 가운데에서 차지하는 비중, 무자력의 정도, 법률행위의 경제적 목적이 갖는 정당성 및 그 실현수단인 당해 행위의 상당성, 행위의 의무성 또는 상황의 불가피성, 채무자와 수익자 간 통모의 유무와 같은 공동담보의 부족 위험에 대한 당사자의 인식의 정도 등 행위에 나타난 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 그 행위를 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 있는지에 따라 최종 판단하여야 한다.”라고 설시하였다.

본 판결은 다음의 세 가지 점에서 의의가 있다. 먼저, 적극재산 중 채권이 양도되었을 경우, 구체적인 행위유형에 따라 다르게 판단하지 않고 모두 동일한 법리가 적용됨을 명시적으로 밝혔다. 기존채무의 이행과 관련된 채권양도에 대하여 본판결 이전의 판례는 사안에 따라 그 채권양도가 기존채무의 이행을 위한 것인지¹⁹⁹⁾ 이를 담보하기 위한 것인지²⁰⁰⁾,

198) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다28045 판결.

199) 대법원 1967. 7. 11. 선고 67다847 판결.

200) 대법원 2007. 2. 23. 선고 2006다47301 판결, 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다

대물변제²⁰¹⁾인지를 특정하고, 그 유형에 따라 다르게 판단하였다. 그런데 위 판결에서 대법원은 기존채무의 이행을 위한 채권양도 사안임에도, 기존채무의 이행을 위한 경우에 한정하지 않고 ‘채무의 이행과 관련한’ 적극재산의 양도 전반에 대하여 판시하였다. 이는 채무의 이행과 관련된 행위에 대하여 사해행위 취소권의 대상성을 판단함에 있어 그 구체적인 유형과 상관없이 모두 동일한 법리를 적용할 수 있다는 취지로 해석할 수 있다.²⁰²⁾

아울러, 본 판결은 대물변제로 채권을 양도한 행위에 대하여 본지변제와 마찬가지로 원칙적으로 사해행위가 되지 않는다고 본 판결²⁰³⁾과 원칙적으로 사해행위가 된다고 본 판결²⁰⁴⁾이 대립하는 상황에서 채무초과상태에서 기존채무의 이행과 관련하여 이루어지는 채권양도가 원칙적으로 사해행위에 해당함을 명확히 하였다는 점에서 의미가 있다.²⁰⁵⁾ 즉, 본 판결은 양도되는 재산이 부동산이든 금전채권이든 구체적인 재산형태와 상관없이 해당 양도행위는 사해행위임을 밝혔다.

다음으로, 일반적인 사해행위 판단기준을 ‘편파행위’에도 적용됨을 명시하였다. 구체적으로 위 판결에서는 사해성의 일반적인 판단 기준에 비추어 그 행위가 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 없는 경우에는 사해행위의 성립이 부정될 수 있다고 하면서, 편파행위에도 사해성의 일반적인 판단기준이 적용되어야 함을 밝혔다. 즉, ‘사해성의 일반적인 판단기준’은 비단 사해행위에만 적용되는 기준이 아니라 채권자취소권의 행사가능성을 판단할 시 궁극적으로 검토되어야 하는 기준으로 편파행위에도 적용될 수 있음을 밝힌 것이다.

52416 판결.

201) 대법원 2003. 6. 24. 선고 2003다1205 판결, 대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다60822 판결, 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결, 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다52416 판결.

202) 주선아(주 190), 251면.

203) 대법원 2003. 6. 24. 선고 2003다1205 판결, 대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다60822 판결.

204) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결, 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다52416 판결.

205) 주선아(주 190), 208면.

(2) 학설

가. 행위유형에 따라 대물변제, 기존 채무이행, 담보제공 등으로 구분하여 판단하여야 하는지 여부

대물변제 및 기존채무의 이행을 위한 행위와 담보제공 행위를 구별해야 한다는 견해는, 소극재산 감소 여부를 기준으로 삼고 있다. 대물변제 및 기존채무의 이행을 위한 행위의 경우에는 본지변제와 같이 적극재산과 소극재산이 동시에 줄어들지만, 담보제공의 경우에는 소극재산이 줄어들지 않기 때문에 둘을 구별할 필요가 있다는 견해이다.²⁰⁶⁾

반면 위 행위들을 구별할 필요가 없다는 견해는, 기존채무의 이행과 관련된 채권양도가 채무의 이행을 위한 것인지, 이를 담보하기 위한 것인지, 대물변제조로 이루어진 것인지는 결국 당사자의 의사해석 문제이고 대물변제임이 명백하지 않은 이상 이행을 위하거나 담보하기 위한 것으로 보아야 하는데 채무자와 수익자의 의사에 의존하여 사해행위에 해당하는지 여부를 결정하는 것은 타당하지 않다고 한다.²⁰⁷⁾ 아울러, 위의 행위들은 모두 채무자의 적극재산을 특정 채권자에게 양도함으로써 다른 채권자의 공동담보를 감소시키는 행위라는 측면에서 동일하기 때문에 사해행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 모두 마찬가지로의 기준을 적용해야 한다고 한다.²⁰⁸⁾

나. 양도되는 재산의 유형에 따라 달리 취급하여야 하는지 여부

부동산과 채권을 다르게 취급하여야 한다는 견해는 부동산과는 다른 채권의 특수한 성질에 주목한다. 즉, 채권은 부동산과는 달리 제3채무자

206) 김문관, “기존 금전채무의 변제에 갈음하여 다른 금전채권을 양도한 경우 원칙적으로 사해성을 부정한 중전 법리에 대한 변명,” 『판례연구』 제24집, 2012, 8-9면; 서인겸(주 189), 63면.

207) 주선아(주 190), 252면.

208) 주선아(주 190), 252면.

의 무자력에 노출되어 있는 점, 채권은 압류 및 전부명령을 통하여 곧바로 집행할 수 있으므로 경매절차에 상대적으로 긴 시간이 걸리는 부동산과 비교하였을 때 실제 집행 가능성에 있어서도 차이가 있다는 점을 논거로 제시한다.²⁰⁹⁾

그러나, 채권자취소권 행사가능여부를 판단함에 있어 위와 같은 채권의 특성만으로 기존채무의 이행과 관련하여 일출된 적극재산이 채권인지 부동산인지에 따라 다르게 보아서는 안 된다는 견해도 존재한다. 구체적으로 금전채권도 부동산과 마찬가지로 강제집행의 대상이 될 수 있는 채무자의 중요한 책임재산이라는 점에서 부동산과 달리 볼 수 없는 점²¹⁰⁾, 채권은 현금보다 은닉이 어렵고 그 존재와 액수를 파악하기 쉬워 담보가치가 상당하기 때문에 담보가치에 관하여 부동산과 같이 보아도 무방하다는 점²¹¹⁾을 근거로 채권을 여타의 부동산과 달리 취급할 필요가 없다고 한다.

(3) 검토

우선, 담보제공, 대물변제, 기존 채무의 이행을 위한 행위를 구별하여 채권자취소권 행사여부를 판단하여야 하는지와 관련해 이들 각각의 경우는 모두 특정채권자에게 우선적인 만족권을 보장하기에 채권자평등주의를 해친다는 측면에서 아무런 차이가 없기 때문에 취소가능 여부를 판단함에 있어서는 구별없이 모두 마찬가지로의 기준을 적용해야 한다고 본다. 아울러, 소극재산의 감소여부에 차이가 있기 때문에 대물변제 및 기존 채무의 이행과 담보제공 행위를 구분해야 한다는 입장에 대해서는 담보제공 행위의 경우 특정 채권자에게 우선변제권을 보장함으로써 추후 채권의 만족을 얻는 것이 확실시되기 때문에 양자는 소극재산이 소멸되는 ‘시점’만 다를 뿐 결국 채무가 소멸된다는 점에서 본질적으로 동일한 법률행위임을 간과하였다는 비판이 가능하다.²¹²⁾ 생각건대, 채무자의 재산

209) 주선아(주 190), 250면.

210) 이계정(주 36), 238면.

211) 주선아(주 190), 251면.

에 우선변제권이 있는 담보권이 설정되면 해당 부분에 대해서는 일반채권자의 공동담보라 할 수 없기 때문에 위와 같은 담보권을 설정하는 행위는 본질적으로 채무자가 해당 부분을 일출하는 행위와 동일하게 취급하여도 무방하다고 본다.

다음으로, 양도되는 재산의 종류에 따라서 구체적인 집행 방법이나 집행의 용이성 측면에 다소 간의 차이가 있을 수 있기 때문에 이를 고려해야 한다는 견해가 존재할 수는 있으나 이는 채권자취소권 행사여부를 판단함에 있어서는 중요한 요소라고 볼 수 없다. 일출된 재산이 채무자의 적극재산으로 실제 강제집행에 공할 수 있고 채무자의 일반채권자가 이를 책임재산의 하나로 여긴 것이라면 재산의 종류에 따라 차이를 두어서는 안 된다고 본다. 이런 관점에서, 위에서 문제된 채권도 부동산과 마찬가지로 강제집행을 통하여 채권자의 채권을 만족시킬 수 있는 채무자의 중요한 책임재산이기 때문에 채무자의 채권처분행위를 부동산처분행위보다 덜 엄격하게 파악할 합리적인 이유는 없다고 본다.²¹³⁾

채권과 여타 적극재산을 구분하여야 한다는 견해가 주장하는 것처럼 채권이 제3자의 무자력에 노출되어 있는 것은 맞지만 이에 의하더라도 채권의 책임재산으로서의 담보가치성이 부정되는 것은 아니라고 본다. 어떠한 적극재산도 그 정도의 차이는 있으나 물리적으로든 법률적으로든 담보가치 하락의 위험성을 안고 있는 것이고, 사해행위 당시 일출재산의 적극재산성이 인정된다면 이와 같은 위험성이 존재한다는 이유만으로 내지는 그 위험성이 높다는 이유만으로 채권자취소권 행사의 대상성이 부정될 수는 없다고 본다. 채권자취소권 행사에 따른 취소범위 산정기준시기와 관련하여 판례²¹⁴⁾는 ‘사해행위 당시’를 기준으로 산정된 채권액을

212) 최준규(주 174), 263면.

213) 이계정(주 36), 238면.

214) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결; 본 판결에서 취소채권자의 채권액 산정기준시기와 관련하여 “부동산에 관한 법률행위가 사해행위에 해당하여 민법 제406조 제1하에 의하여 취소된 경우에 수익자 또는 전득자가 사해행위 이후 그 부동산을 직접 사용하거나 제3자에게 임대하였다고 하더라도, 당초 채권자의 공동담보를 이루는 채무자의 책임재산은 당해 부동산이었을 뿐 수익자 또는 전득자가 그 부동산을 사용함으로써 얻은 사용이익이나 임차인으로부터 받은 임료상당액까지 채무자의 책임재산이었다고 볼 수 없으므로 수익자 등이

한도로 하여야 한다는 입장인바, 취소범위 뿐만 아니라 일출재산의 사해 행위취소권 행사의 대상성을 판단할 시에도 이와 같은 기준시에 대한 판단이 동일하게 적용될 수 있다고 본다. 즉, 채무자의 재산 일출행위 당시를 기준으로 하여 적극재산성이 인정된다면 그것을 대상으로 한 사해행위취소권 행사는 긍정될 수 있고 추후의 담보가치 하락 등의 위험성에 대한 고려는 배제되어야 한다는 것이다. 채권자취소권 행사 후 이와 같은 위험성이 실제 발현된다면, 이는 추후 집행단계에서 논의되어야 할 문제라 생각된다.

아울러 채권자취소권 행사의 대상이 될 수 있는지에 대한 판단에 있어서 중요한 문제는 일출재산이 강제집행에 공해될 수 있는지 여부이지, 실제 강제집행이 얼마나 신속하고 효율적으로 진행될 수 있는지 등 집행의 용이성의 문제는 부수적인 것에 지나지 않는다고 판단된다. 즉, 본 권의 궁극적인 목적은 취소채권자를 포함한 일반채권자의 채권만족으로 일출재산이 채무자에게 회복되어 강제집행의 대상이 될 수 있다면 충분하다는 것이다.

또한, 채권 및 동산의 가치담보에 대한 재발견으로 이에 관한 담보거래 및 매매거래의 규모가 크게 증가하고 있고 특히 금융산업의 비약적 발달로 종래의 개별적인 채권이나 동산을 중심으로 소규모로 이루어졌던 담보거래는 ‘집합채권양도’ 및 ‘집합동산양도’라는 새로운 형태로 이루어지는 경우가 빈번하기에, 취소권 행사대상에 대한 판단을 함에 있어서도 채권의 양도를 일반적인 적극재산의 양도로 보아 동일한 기준을 적용하는 것은 무리가 아니라고 본다.²¹⁵⁾

다음으로, 판례²¹⁶⁾는 사해성의 일반적인 판단기준이 편파행위에도 적용될 수 있다고 판시한 바, 본지변제를 제외한 편파행위가 원칙적으로

원상회복으로서 당해 부동산을 반환하는 이외에 그 사용이익이나 임료상당액을 반환해야 하는 것은 아니다.”라고 판시한 바, 채무자가 수익자에게 부동산을 이전하 후 얻은 임료상당액은 사해행위 당시 공동담보에 해당하지 않아 취소범위에 포함될 수 없다고 하였다. 즉, 채권자취소권 행사에 따른 취소액의 산정 기준시기는 원칙적으로 ‘사해행위 당시’임을 설시한 것이다.

215) 주선아(주 190), 251면.

216) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다28045 판결.

사해행위로서 취소될 수 있다고 하더라도 그 행위가 사해성의 일반적인 판단기준에 비추어 궁극적으로 일반채권자를 해하는 것이 아니라고 판단되면 취소될 수 없다는 입장이다. 즉, 채권자취소권에서 채권자평등주의는 원칙적으로 적용되어야 하지만 편파행위가 이루어진 배경, 무자력의 정도, 당해 행위의 상당성, 통모의 유무 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 그 행위가 허용될 수 있다고 판단되면 채권자평등을 해하는 행위라 하더라도 해당 법률행위에 대하여 채권자취소권 행사가 부정될 수 있다는 것이다. 이는, 형평과 공평을 목적으로 하는 채권자취소권 취지에 비추어 보았을 때, 채무자의 재산처분의 자유, 거래의 안전, 수익자의 기대이익이 채권자 간 평등을 이유로 무제한적으로 희생될 수는 없다는 이유에 기인한다. 이와 같은 ‘사해성의 일반적인 판단기준’은 부인권의 일반적 행사요건인 ‘상당성’과 그 맥락을 같이 한다고 판단되는 바, 이에 관하여는 후술하도록 하겠다.

5. 소결

채권자취소권은 부인권과 최대한 정합성을 높이는 방향으로 규율되고 운영되어야 하는 바, 이는 편파행위의 취급과 관련한 문제에도 마찬가지로 적용되어야 할 것이다. 즉, 채권자취소권의 행사에 있어서도 채권자평등주의는 원칙적으로 관철되어야 하고 무자력 상황의 채무자가 특정 채권자에게만 만족을 주는 편파행위는 취소될 수 있다고 보아야 할 것이다. 하지만, 채권자취소권은 단지 채무초과 상태의 채무자에게 채권을 가지고 있는 개별채권자에 의하여 행사되는 권리로, 채무자의 재산처분의 자유, 수익자의 기대이익을 무제한적으로 침해할 수는 없기 때문에 부인권에서만만큼 채권자평등주의가 철저히 적용될 수는 없다. 그렇기에, 적어도 그 의무에 따른 채권의 변제, 즉 본지변제라면 법률행위의 성질상 편파행위에 해당한다 하더라도 원칙적으로 취소될 수 없다고 보아야 할 것이다. 여기에, 채권자취소권에 있어 채권자평등주의의 적용상 한계가 있다고 할 수 있다.

IV. 민법개정안과 개선방향 검토

1. 민법개정과정

개정과정 중 분과위원회에서는 채권자취소권의 일반요건에 관한 민법 제406조에 ‘재산감소’를 추가하여 제406조가 ‘편파행위가 아닌 사해행위’에 국한된 규정임을 명확하게 하는 한편, 제406조의2를 신설하여 재산감소를 요건으로 하지 않는 ‘편파행위’에 대해 규율하고자 하였다.²¹⁷⁾ 하지만, 실무위원회에서는 ‘재산감소’라는 요건을 굳이 명시할 필요가 없다고 보아 이를 삭제할 것을 제안²¹⁸⁾하였고, 위원장단회의에서도 이를 수용하였다. 위원장단회의에서는 재산감소 요건을 삭제한다면 제406조에 의해서 재산감소를 수반하는 사해행위 뿐만 아니라 재산감소를 수반하지 않는 편파행위도 규율할 수 있다고 보아 편파행위에 대한 별도의 규정을 두지 않기로 한 것이다. 이후, 전체회의에서도 이를 받아들여 편파행위에 대한 규정을 구분하여 두지 않기로 하였다.²¹⁹⁾

2. 개선방향검토

민법개정을 위한 논의과정동안 편파행위는 사해행위와 구별되는 개념임을 전제로, 이에 대해 별도로 규정하여야 하는지에 관해 많은 논의가 있었지만 결국 현행민법과 같이 유지하기로 결정하였다. 앞서서도 밝힌 바와 같이, 강학상 사해행위와 편파행위가 구별될 수는 있지만 채무자가

217) 윤진수/권영준(주 2), 518면.

218) 윤진수/권영준(주 2), 518면; 이러한 제안을 하게 된 중요한 이유는 기존의 판례(대법원 1966. 10. 4. 선고 66다1535 판결 등 다수)가 재산의 감소를 수반하지 않는 ‘매매’의 경우에도, 채무자가 그 채무 있음을 알면서 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 행위는 상당한 가격으로 이루어졌다는가 하는 특별한 사정이 없는 한 항상 채권자에 대하여 사해행위가 된다고 보고있기 때문이라고 한다.

219) 제4기 민법개정위원회 제9차 전체회의(2013. 11. 4.) 회의일지(결론요약)(미공간), 2면 이하.

무자력인 상황에서는 일출되는 적극재산만을 고려하여야 하고 나아가 소극재산을 고려한다고 하더라도 위와 같은 상황에서는 채권자의 채권의 적극재산과 실질가치와 액면가치가 차이가 나기 때문에 총 재산의 감소가 있다고 볼 수 있다. 그렇기에, 굳이 편파행위에 대한 명문규정을 두지 않더라도 편파행위는 현행 민법 제406조 규정된 사해행위에 포섭되어 채권자취소권이 행사될 수 있다고 본다.

채권자취소권과 관련한 현행 민법 제406조는 “채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다.”라고 하여 사해성의 구체적인 판단기준을 규정하고 있지 않다. 하지만 이와 관련해, 대법원²²⁰⁾은 사해성의 일반적인 판단기준을 적시하고 있는바, 본 기준은 사해행위 뿐만 아니라 편파행위에도 적용될 수 있다는 입장이다. 이를 편파행위에 국한해 설명하면, 본지변제를 제외하고 특정 채권자에게 독점적인 만족을 주는 편파행위는 원칙적으로 취소될 수 있다고 보되 일반적인 사해성 판단 기준에 비추어 여러 사정을 종합적으로 검토해본 후 해당 법률행위가 이루어지더라도 일반 채권자를 해한다고 볼 수 없는 경우 취소권 행사가 종국적으로 부정될 수 있다는 것이다. 구체적으로, 판례²²¹⁾는 “채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무 변제력을 갖게 되는 최선의 방법인 경우, 신규자금 마련을 위해 특정 채권자에게 담보를 제공하는 행위는 사해행위가 아니다.”라고 한 바, 해당 법률행위가 편파행위에 해당한다고 하더라도 기존 사업을 계속 추진하기 위한 신규자금을 마련할 목적으로 행한 것이라면 취소될 수 없다고 설시하였다. 이는 결국, 판례에서 명시적으로 밝히지는 않았지만 ‘상당성’이라는 부인권에서의 일반적 성립요건을 채권자취소권에도 적용한 것으로 보인다.²²²⁾²²³⁾

220) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다28045 판결.

221) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다25842 판결.

222) 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003다65049 판결은, “파산법상 부인의 대상이 되는 행위가 파산채권자에게 유해하다고 하더라도 행위 당시의 개별적, 구체적 사정에 따라서는 당해 행위가 사회적으로 필요하고 상당하였다거나 불가피하였다고 인정되어 일반 파산채권자가 파산재단의 감소나 불공평을 감수하여야 한다고 볼 수 있는 경우가 있을 수 있고, 그와 같은 예외적인 경우에는 채권자평등, 채무자의 보호와 파산 이해관계의 조정이라는 파산법의 지도이념이나 정의관념에

생각건대, 편파행위에 해당한다고 하더라도 여러 사정을 종합적으로 고려해보았을 때, 채권자취소권 제도의 취지 및 채무자의 재산처분의 자유에 비추어 허용할 필요가 있다면 취소할 수 없다고 보는 것이 바람직할 것이다. 채권자취소권에서 채권자평등주의는 무제한적으로 허용될 수는 없고 이에 따라 사해행위가 채권자평등을 해하는 편파행위라 하더라도 일정한 경우 허용될 수 있기 때문이다. 나아가, 민법개정 방향과 관련하여, 채권자취소권에 있어 판례법리로만 인정되고 있는 ‘사해성의 일반적인 판단기준’을 ‘상당성’으로 포괄하여 사해성조각사유로서 민법규정에 명문으로 반영하는 것이 법적안정성 관점에서 바람직하다고 본다. 구체적인 개정방향은, 민법 제406조의2를 신설하여, “민법 제406조의1에 해당하는 경우에도, 해당 사해행위가 상당성이 있다면 취소될 수 없다.”라고 규정하면 될 것이다.²²⁴⁾

제 2 절 가액반환에 따른 취소채권자의 사실상 우선변제권 인정

I. 서설

사해행위 취소 결과 원상회복된 재산은 원칙적으로 민법 제407조에 따라 모든 채권자를 위하여 채무자의 일반재산으로 환원된 것으로 보아야 할 것이기에 취소채권자가 그 금전에 관하여 우선변제권을 취득하는 것은 아니다. 그러나 통설²²⁵⁾은 원상회복 되는 목적물이 금전 등일 때

비추어 부인권 행사의 대상이 될 수 없다고 보아야 할 것이며, 여기에서 그 행위의 상당성 여부는 행위 당시의 파산자의 재산 및 영업상태, 행위의 목적, 의도와 동기 등 파산자의 주관적 상태를 고려함은 물론, 변제행위에 있어서는 변제자금의 원천, 파산자와 채권자와의 관계, 채권자가 파산자와 통모하거나 동인에게 변제를 강요하는 등의 영향력을 행사하였는지 여부 등을 기준으로 하여 신의칙과 공평의 이념에 비추어 구체적으로 판단하여야 할 것이다.”라고 한 바, 행위의 상당성이 부인권 행사의 일반적인 요건임을 긍정하였다.

223) 양형우(주 21), 563면.

224) 양형우(주 182), 479면에서 이와 같은 개정방향을 제시하고 있는 바이다.

취소채권자에게 지급되는 것을 긍정하고 취소채권자가 그 지급받은 금전을 자신의 채권과 상계하는 방법에 의하여 사실상 우선변제 받는 것을 허용하고 있다. 아울러 우리 판례²²⁶⁾도 가액반환 판결에 있어서 취소채권자에게 사실상 우선변제권을 인정하고 있는데 이는 실정법인 민법 제407조와 필연적으로 충돌을 일으킬 수밖에 없어 많은 문제를 불러일으킨다.²²⁷⁾²²⁸⁾ 나아가, 가액반환이 이루어졌을 시 취소채권자에게 우선적인 만족권을 부여함으로써 발생하는 문제는 수익자가 채무자의 기존 채권자일 때 그 모순이 더 심화된다. 즉, 채권만족을 위하여 적극적이고 우선적으로 노력하여 채권회수를 한 수익자 겸 채권자에 대하여 채권자평등주의를 이유로 채권자에 대한 안분액 분배청구권 등 일체의 권리를 부정하였으면서도 결국 취소채권자에게 우선변제권을 인정하여 종국적으로 채권자평등주의를 침해하는 모순에 빠지게 되는 것이다. 본 장에서는, 가액반환 전반에 관하여 살펴본 후 원물반환과 마찬가지로 가액반환에서도 민법 제407조에 따른 채권자평등주의가 관철될 수 있는 방안을 제시하고자 한다.

II. 가액반환의 상대방

1. 문제점

채권자취소권은 채무자의 책임재산을 환원시켜 이에 대해 강제집행을

225) 박윤직(주 4), 149면.

226) 대법원 2001. 2. 27. 선고 2000다44348 판결.

227) 이계정(주 36), 469면.

228) 반면, 대법원은 2005. 8. 25. 선고 2005다14595 판결에서 ‘사해행위의 취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 효력이 있으므로, 취소채권자가 자신이 회복해 온 재산에 대하여 우선권을 가지는 것은 아니라고 할 것이므로, 사해행위의 수익자 소유의 부동산에 대한 경매절차에서 취소채권자가 수익자에 대한 가액배상 판결에 기하여 배당을 요구하여 배당을 받은 경우, 그 배당액은 배당요구를 한 취소채권자에게 그대로 귀속되는 것이 아니라 채무자의 책임재산으로 회복되는 것이며, 이에 대하여 채무자에 대한 채권자들은 채권만족에 관한 일반원칙에 따라 채권내용을 실현할 수 있는 것이다’라고 판시하여 위 판결과 자못 대조적으로 민법 제407조 법문에 충실한 판시를 한 바 있다.

하기 위한 준비단계이기 때문에 원칙적으로 ‘채무자’에게 일출채산을 회복시켜야 한다. 원물반환에서는 그 등기 명의를 채무자에게 등기 이전을 하는 등의 방법으로 이러한 원칙이 문제없이 지켜지고 있다. 하지만, 가액반환의 경우 채무자가 수령하지 아니하거나 수령한 가액을 은닉, 소비할 수 있기 때문에 취소채권자가 스스로에게 가액반환을 청구할 수 있는지가 문제된다.

2. 학설

(1) 취소채권자귀속설

통설²²⁹⁾은 채무자가 가액을 수령하지 않거나 이를 임의로 소비할 우려가 있는 경우 취소채권자는 상대방에 대하여 직접 자기에게 가액을 지급할 것을 청구할 수 있다고 하는데, 이는 스스로의 비용과 노력을 들여 채권자취소소송을 제기하고 승소판결까지 얻어낸 취소채권자의 기대이익을 보호하기 위함이라고 한다. 아울러, 취소채권자가 수익자 및 전득자로부터 일탈채산을 반환받은 후에는 그가 채무자에 대하여 갖는 채권과 채무자에 대한 반환물의 인도채무를 상계함으로써 사실상 우선변제를 받을 수 있다고 한다.²³⁰⁾

(2) 채무자귀속설

가액반환의 상대방을 취소채권자가 아닌 채무자로 하여야 한다는 견해²³¹⁾로, 원물반환의 경우와 마찬가지로 가액반환의 상대방도 채무자가

229) 김중환/김학동(주 148), 206면.

230) 김홍규, “채권자취소권의 행사의 효과”, 김기선교수고회기념 현대재산법의 제문제, 1987, 277면에서는 취소채권자의 수령권을 인정함과 동시에 강제집행제도를 독일식으로 변경할 것을 주장하는 바이다. 즉, 취소채권자가 자신의 비용과 노력을 들여 채권자취소소송을 제기하고 승소판결을 얻은 이상, 다른 일반채권자가 이로부터 이익을 얻는 것은 형평에 어긋난다고 한다.

231) 이은영(주 8), 489면.

되어야 한다는 입장이다. 아울러, 취소채권자귀속설에 대해서는, 압류 및 추심명령이 없음에도 불구하고 수익자로 하여금 취소채권자에게 직접 가액배상금을 지급하라고 명하는 것은 허용될 수 없고 이는 집행법이 정하지 않은 새로운 채권집행방법을 임의로 인정하는 결과가 되어 불합리하다고 비판한다.²³²⁾

3. 판례

우리 판례²³³⁾는 종래 가액반환이 이루어지는 경우 취소채권자가 직접 자기에게 인도할 것을 청구할 수 있는 권리가 있는지와 관련하여 명시적인 입장을 밝히지 않고, 취소채권자가 수익자로부터 직접 가액배상금을 수령할 수 있음을 전제로 하고 법리를 구성하였는데, 이후 판례²³⁴⁾는 “채권자취소권은 채무자의 사해행위를 채권자와 수익자 또는 전득자 사이에서 상대적으로 취소하고 채무자의 책임재산에서 일탈한 재산을 회복하여 채권자의 강제집행이 가능하도록 하는 것을 본질로 하는 권리이므로, 원상회복을 가액배상으로 하는 경우에 그 이행의 상대방은 채권자이어야 한다”라고 판시하여 가액반환이 이루어지는 경우에 그 이행의 상대방은 취소채권자임을 분명히 하였다.

4. 검토

원상회복으로 가액반환이 이루어져 채무자가 이를 임의로 소비할 우려가 농후한 경우, 취소채권자는 수익자로 하여금 자신에게 일출재산을 지급할 것을 요구할 수 있어야 한다고 본다. 왜냐하면, 만일 채무자가 자신에게 지급된 목적물을 제3자에게 처분한다면 취소채권자로서는 이를 반환받을 여지가 거의 없기 때문이다. 앞서 살펴본 것처럼, 회복되는 목적물이 등기가 가능한 부동산인 경우에도 채무자에게 지급된 후 제3자에

232) 이은영(주 8), 489면.

233) 대법원 2001. 2. 27. 선고 2000다44348 판결.

234) 2008. 4. 24. 선고 2007다84352 판결.

게 일출된다면 취소채권자로서는 이에 대한 권리를 주장하기 어려운데, 하물며, 회복된 재산이 유동성이 큰 금원이라면 이를 다시 제3자에게 반출할 위험은 더욱 높아질 것이고 취소채권자가 이를 되찾아오기는 더욱 힘들어질 것이다. 그렇기에, 이와 같은 위험을 미연에 방지하고자 취소채권자에게 유동성이 큰 금전 등의 수령권을 인정하는 것은 긍정되어야 한다고 본다. 반면, 채무자귀속설은 “원물반환의 경우와 마찬가지로 가액반환의 경우에도 상대방은 채무자가 되어야 한다.”라고 주장하는데, 원물반환과 가액반환은 원상회복의 한 방식에 불과하여 본질적으로 동일하게 취급되어야 하는 점은 앞에서 살펴본 바와 같지만, 이러한 점이 각각이 이루어지는 구체적인 운용방식 내지는 반환 대상이 반드시 같아야 함을 의미하는 것은 아니다. 원물반환과 가액반환은 회복되는 재산의 특성에 따라 구분되는 것인 바, 이와 같은 특성에 따른 차이는 불가피하게 존재할 수밖에 없다고 본다. 즉, 회복되는 재산이 원물 그 자체가 아니라 ‘금원’이라면 그 금원으로부터 채권자취소권의 목적을 달성하기 위하여 반환대상에 차이를 두어 운용하는 것은 불가피하다고 생각된다.

아울러, 채무자귀속설은 또한, “압류 및 추심명령이 없음에도 불구하고 취소채권자에게 일출재산이 직접 지급될 수 없고, 만일 이를 인정한다면 집행법이 인정하지 않는 새로운 방식을 인정하는 것이다.”라고 주장하는데, 앞서 살펴보았던 것처럼, ‘일반적인 강제집행’과 ‘채권자취소권 행사에 따른 강제집행’은 별개로 보아야 한다. 그렇기에, 본 권의 행사에 따른 반환방식에 있어서도 일반적인 강제집행법상의 법적논리가 그대로 관철될 수는 없다. 결국, 일출재산이 취소채권자에게 직접 지급될 것인지, 채무자에게 지급될 것인지 여부는 채권자취소권 제도 그 자체에 의해 결정될 문제라는 것이다. 하지만, 취소채권자에게 금전 등의 지급청구권을 인정하는 것과 취소채권자에게 우선적인 만족권이 인정되어야 한다는 것 또한 별개의 문제로, 이와 관련해서는 후술하도록 하겠다.

아울러, 위 판례에서 가액반환의 상대방이 반드시 취소채권자이어야 한다고 필요적으로 판시한 것과 관련하여, 대법원이 가액반환 이행의 상대방을 반드시 취소채권자로 한정할 것으로 볼 수는 없다는 견해가 있

다.²³⁵⁾ 하지만, 취소채권자에게 우선변제권을 인정하는 현 판례 하에서, 취소채권자의 수령권이 허용되는 이상 굳이 채무자에게 지급청구를 할 유인은 없을 것으로 보인다. 아울러, 민법개정안²³⁶⁾은 원상회복의 목적물이 동산이나 금전 등 일 경우 특례를 마련하여 취소채권자에게 직접 인도할 것을 청구할 수 있다고 하였는바, 이행청구의 상대방이 취소채권자가 될 수도 있다고 임의적으로 규정하여 이행의 상대방을 필요적으로 규정한 기존 판례와 차이는 있지만, 취소채권자의 우선권을 인정하는 한 현실적으로 가액반환의 상대방은 결국 취소채권자가 될 것임에는 큰 차이가 없을 것으로 보인다.

Ⅲ. 가액반환을 원물반환과 동일하게 취급하여야 하는지 여부 - 채권자평등주의 관점에서

1. 서설

판례²³⁷⁾는 채권자취소권 행사에 따른 원상회복은 원칙적으로 원물반환에 의하여야 하고 그것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우 예외적으로 가액반환이 가능하다는 입장이다. 하지만, 위에서 살펴본 바와 같이, 현재 우리 판례는 원물반환과는 다르게 가액반환이 이루어지는 경우 취소채권자의 우선변제권을 인정함에 따라 채권자평등주의가 침해되고 있다. 이하에서는, 가액반환의 경우에도 원물반환에서와 마찬가지로 민법 제407조에 따른 채권자평등주의가 관철되어야 하는지에 대한 논의를 가액반환의 구체적 유형을 개략적으로 살펴봄으로써 진행하도록 하겠다.

2. 가액반환의 구체적 유형

235) 윤병철, “채권자취소소송에서 가액배상의 상대방”, 「경기법조」 제16호, 수원지방변호사회, 2009, 317면.

236) 민법개정안 제407조의4(금전 그 밖의 동산에 대한 특례) ① 제407조의2에 의하여 금전 그 밖의 동산을 반환하여야 하는 경우에 채권자는 수익자에 대하여 자신에게 반환할 것을 청구할 수 있다.

237) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다104564 판결.

(1) 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우

원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우는 사실상 불능인 경우와 법률상 불능인 경우로 나뉘어 생각해볼 수 있다. 전자와 관련해서는, 수익자가 사해행위에 의하여 취득한 물건을 훼손하거나 멸실하는 경우로 고의·과실의 유무에 상관없이 가액반환의 책임을 진다.²³⁸⁾ 후자와 관련해서는 대표적으로 수익자가 목적물을 선의의 전득자에게 양도한 경우 등의 사례가 있다.

(2) 형평과 공평의 견지에서 인정되는 경우

저당권 등 우선변제권이 있는 담보권이 설정된 부동산에 관하여 사해행위가 이루어지고 이후 변제 등에 의하여 해당 담보권이 말소된 경우가 대표적이다. 이와 관련하여, 판례²³⁹⁾는 “어느 부동산의 매매계약이 사해행위에 해당하는 경우에는 원칙적으로 그 매매계약을 취소하고 그 소유권이전등기의 말소 등 부동산 자체의 회복을 명하여야 하지만, 그 사해행위가 저당권이 설정되어 있는 부동산에 관하여 당해 저당권자 이외의 자와의 사이에 이루어지고 그 후 변제 등에 의하여 저당권설정등기가 말소된 때에는 매매계약 전부를 취소하여 그 부동산 자체의 회복을 명하는 것은 당초 담보로 되어 있지 아니하던 부분까지 회복시키는 것이 되어 공평에 반하는 결과가 되므로, 그 부동산의 가액에서 저당권의 피보담채권액을 공제한 잔액의 한도에서 그 매매계약의 일부취소와 그 가액의 배상을 구할 수 있을 뿐 부동산 자체의 회복을 구할 수는 없다.”고 판시하였다. 채권자취소권 제도는 일반채권자들의 공동담보가 되었던 채무자의 책임재산을 원상회복시키기 위한 제도로써 애초 특정한 제3자의 우선권을 보장하는 담보권이 설정된 재산은 이와 같은 공동담보로써 기능할 수 없다. 그렇기에, 채권자취소권 행사의 대상이 될 수 있는 부분은 채무자

238) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결.

239) 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다23207 판결.

의 일반채권자들이 공동담보로 파악하였던 부분, 즉 전체 목적물의 가액에서 담보권을 제외한 부분에 제한된다. 결국, 수익자에게 일출된 재산의 담보권이 이후 변제 등의 사유로 소멸되었다면 그 자체를 채무자에게 복귀시키는 것은 기존 일반채권자들의 공동담보를 초과하는 부분까지 원상회복 시키는 것으로 채권자취소권 제도의 취지 및 목적에 반하는 결과가 된다. 아울러, 앞서 논의하였던 채권자취소권 행사에 따른 취소범위도 이와 같은 공동담보의 범위 내에서 산정되어야 할 것이다.

3. 소결

이상으로, 가액반환이 이루어지는 경우를 유형화하여 개략적으로 살펴 보았다. 가액반환은 원상회복이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우와 채권자취소권 제도의 취지 및 목적에 비추어 가액반환으로 제한되어야 하는 경우에 이루어진다. 하지만, 이와 같은 사유는 사해행위가 이루어진 후 우연적인 상황에 의한 것으로 일반채권자들이 일절 관여한 바가 없기 때문에, 불가피한 상황으로 가액반환이 이루어지는 경우에도 채무자의 일반채권자의 이익이 침해되어서는 안 된다. 즉, 가액반환은 원상회복의 하나로 원물반환과는 반환이 이루어지는 목적물에 있어 차이가 있을 뿐 채무자의 일반채권자들의 취급과 관련해서는 본질적으로 동일하게 다루어져야 한다는 것이다. 요컨대, 가액반환에서도 민법 제407조에 따른 채권자평등주의가 관철되어야 하며 원물반환과 마찬가지로 취소채권자를 포함한 일반채권자의 이익은 평등하게 보장되어야 할 것이다.

IV. 취소채권자의 우선변제 여부

1. 문제제기

가액반환과 원물반환은 원상회복의 구체적인 방식에 따른 차이일 뿐, ‘원상회복’이라는 면에서 본질적으로 같은 것이다. 하지만, 가액반환이 이

루어지는 경우 현실적인 배분절차가 마련되어 있지 않기 때문에 이와 같은 상황에서 취소채권자에게 우선변제권이 인정되는지, 인정된다면 어떤 근거로 인정되는지, 인정되지 않는다면 일반채권자들이 채권의 만족을 얻을 수 있는 근거는 무엇인지 문제가 된다.

2. 학설

(1) 상계설

가액배상의 경우에 취소채권자는 그 금전을 자신에게 직접 지급할 것을 청구할 수 있는데, 취소채권자가 위 청구를 통해 상대방으로부터 직접 금전을 지급받은 경우에 취소채권자는 지급받은 금전을 채무자에게 반환하여야 할 의무가 있고 이 의무와 채무자에 대한 자기의 채권을 상계함으로써 취소채권자가 우선변제 받을 수 있다는 견해로 다수설²⁴⁰⁾이다. 취소채권자에게 수령권한이 있음을 전제로 한 학설로, 이 설에 의하면 취소채권자에게 사실상의 우선변제권이 인정됨에 따라 가액반환의 경우에 민법 제407조는 무력화된다.

(2) 채무자지급설

채권자취소권을 행사하여 환원된 재산은 원칙적으로 모든 채권자를 위하여 공여되어야 하기 때문에 그 원상회복의 형태가 원물반환이든 가액반환이든 불문하고 일단 채무자에게 지급되어야 한다는 견해²⁴¹⁾이다. 이에 의하면, 취소채권자나 일반채권자들은 채무자의 수익자에 대한 가액반환채권을 집행대상으로 삼아야 한다.²⁴²⁾

(3) 강제집행설

240) 김용담/손진홍(주 6), 362면; 박윤직(주 4), 155면.

241) 오영준(주 136), 199면.

242) 이우재(주 69), 198면.

취소채권자가 지급받은 금전으로부터 채권의 만족을 얻기 위해서는 상계는 허용되지 아니하고, 오직 채무자에 대한 집행권원에 근거해 그 금전에 대한 강제집행을 하여야 한다는 견해²⁴³⁾이다. 구체적으로, 다른 채권자는 채무자를 채무자, 취소채권자를 제3채무자로 하여 압류 및 추심한 후 민사집행법 제236조 제2항에 의해 공탁하거나, 취소채권자가 압류명령이 발령된 후 제3채무자로서 민사집행법 제248조 제1항에 따라 스스로 집행공탁하여 배당절차를 통해 배당받을 수 있다고 한다.²⁴⁴⁾

(4) 공탁의무설

취소채권자는 자신에게 가액배상금을 지급할 것을 청구할 수 없고 모든 채권자를 위한 공탁을 청구할 수 있을 뿐이며, 그렇지 않더라도 수익자로부터 수령한 금전을 법원에 제출함으로써 다른 채권자가 배당에 참여할 기회를 부여해야 한다는 견해²⁴⁵⁾이다. 이 방식에 따를 경우, 수익자는 가액배상금을 공탁하게 되고, 취소채권자를 포함한 일반채권자들은 채무자의 공탁금출급청구권을 집행대상채권으로 삼아 채권집행절차를 진행하면 된다.²⁴⁶⁾

3. 판례

판례²⁴⁷⁾는 “채권자취소권의 행사로 채무자에게 회복된 재산에 대하여 다른 채권자가 민사집행법 등의 법률상 절차를 거치지 아니하고 취소채권자를 상대로 안분액의 지급을 직접 구할 수 있는 권리를 취득한다거나, 취소채권자에게 분배의무가 인정된다고 볼 수는 없다. 이로 인하여, 가액배상금을 수령한 취소채권자가 이러한 분배의무를 부담하지 아니함

243) 이우재(주 69), 199면.

244) 이우재(주 69), 199면.

245) 이은영(주 8), 488면.

246) 이우재(주 69), 197면.

247) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다37837 판결.

으로 인하여 사실상 우선변제를 받는 불공평한 결과를 초래하는 경우가 생기더라도, 이러한 불공평은 채무자에 대한 파산절차 등 도산절차를 통하여 시정하거나 가액배상금의 분배절차에 관한 별도의 법률 규정을 마련하여 개선하는 것은 별론으로 하고, 현행 채권자취소 관련 규정의 해석상으로는 불가피하다”라고 판시하였다. 본 판결은 명시적으로 상계설을 따르고 있음을 밝히지는 않았으나, 현 법제하에서는 파산절차 등을 거치지 않고서는 안분배당이 이루어질 수 없다는 입장으로 공탁설이나 강제집행설을 부정한 것으로 보이고 이미 판례가 취소채권자 스스로 반환받는 것을 허용한 이상 취소채권자에게 사실상 우선변제를 허용하는 상계설에 가까운 입장을 취하고 있다고 해석될 수밖에 없다고 본다.

4. 검토

채무자지급설에 대하여는, 가액배상금이 채무자에게 지급되면 이를 소비할 우려가 있고 실제 이를 소비한다면 자신의 노력과 비용을 들여 소송을 제기하고 승소판결까지 얻어낸 취소채권자의 이익이 지나치게 침해될 수 있기 때문에 채무자에게 지급되어서는 안 된다는 비판이 존재한다.²⁴⁸⁾ 아울러, 채무자의 수익자에 대한 가액반환청구권에 대하여 취소채권자나 다른 일반채권자 중 1인이 먼저 전부명령을 받아버리면 결국 그가 가액배상금에 대한 독점적인 이익을 취하게 될 것이기 때문에 실질적인 문제해결이 될 수 없다는 비판²⁴⁹⁾이 제기된다. 아울러, 원물반환과 가액반환이 원상회복의 한 방식으로 본질적으로 동일한 것은 맞지만, 반환되는 목적물의 차이에 따라 운용상 불가피하게 나타날 수밖에 차이가 존재한다는 점을 간과하였다는 비판이 가능하다.

강제집행설에 대해서는, 가액배상금의 분배에 대한 집행법상의 규정이 마련되어 있지 않은 이상, 취소채권자가 어떤 법적 근거에 의하여 자신의 금전채권을 강제집행의 대상으로 제공해야 하는지 불명확하다는 비판이 제기된다.²⁵⁰⁾ 현재 우리 판례는 가액반환과 관련한 배분절차의 미비

248) 김중환/김학동(주 148), 206면.

249) 이우재(주 69), 198면.

로 불가피하게 취소채권자의 사실상 우선변제권을 인정하고 있는 바, 강제집행설이 제기하는 방식도 명시적인 입법규정이 이루어지지 않고는 현실적으로 취하기 어려워보인다.

공탁의무설에 대해서는, 반환되는 가액에 대해 공탁이 이루어지면 이로써 취소채권자를 포함한 일반채권자가 평등하게 배분받을 수 있는 길이 열리겠지만, 취소채권자의 공탁의무나 가액배상금을 제출할 의무에 대한 현행법상 법적근거를 찾을 수 없기 때문에 입법론으로는 몰라도 해석론으로는 해결방법이 되기 어렵다는 비판²⁵¹⁾이 존재한다. 아울러, 이에 따라 이루어지는 공탁을 변제공탁으로 취급할 것인가, 집행공탁으로 취급할 것인가의 선택의 문제가 있고 명확한 법규정이 존재하지 않는 이상 그 법리구성에 있어 더 복잡한 문제를 야기할 것이기에 현실적으로 받아들이기 힘들다.²⁵²⁾

가액반환이 이루어지는 경우, 상계설에 따라 취소채권자가 사실상의 우선변제를 받게 된다면 다음과 같은 문제들이 있다.

첫째, 원물반환과 가액배상을 다르게 취급하게 된다. 기본적으로 가액배상은 원상회복의 일종으로 원물반환의 대체물에 해당하므로²⁵³⁾ 가액반환을 원물반환과 달리 취급하여서는 안 된다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다. 민법 제407조가 보장하는 ‘채권자평등주의’는 채권자취소권 전반에 걸쳐 적용되는 원칙인 바, 원물반환과 가액반환 모두에 적용되어야 하지만 우리 통설과 판례는 원물반환의 경우에 인정되지 않는 취소채권자의 사실상 우선변제권을 가액반환의 경우 특별하게 인정하고 있어 문제가 된다. 원물반환과 가액반환은 채권자취소권의 행사 결과 회복되는 목적물의 성질이 다를 뿐 ‘원상회복’이라는 점에서 본질상 동일하기 때문에 합당한 이유없이 달리 취급하여서는 안 된다.

둘째, ‘채권자취소권’은 강제집행의 준비수단이지 집행 그 자체가 아니라는 점을 간과한 해석으로 채권자취소권 행사의 목적 범위를 일탈한 것

250) 추신영(주 120), 105면.

251) 오영준(주 136), 190면.

252) 이우재(주 69), 197면.

253) 김재형(주 38), 124-125면.

으로 볼 수 있다.²⁵⁴⁾ 채권자취소권은 채무자의 책임재산을 회복시킴으로써 추후 강제집행이 이루어질 수 있도록 하는데 그 목적이 있는 것이지, 취소채권자에게 직접적으로 채권의 만족을 주기 위한 권리가 아니기 때문이다. 따라서, 불가피하게 가액반환이 이루어지더라도 이에 대한 강제집행 절차에 다른 채권자들이 참여하여 이익을 분여받을 수 있도록 하여야 한다.²⁵⁵⁾

셋째, 수익자인 채권자에게는 안분액 청구권 및 거절권을 채권자평등주의에 근거해 부정하면서 결국 취소채권자에게 이득을 전부 귀속시킴으로써 채권자평등주의를 해하게 되는 논리모순을 범하게 된다. 이에 따라, 취소채권자보다 먼저 채권회수를 위해 적극적으로 권리 행사를 하였다고 볼 수 있는 수익자는 전혀 보호하지 못하는 반면 그 후에야 비로소 채권회수에 노력을 기울인 채권자만을 전적으로 보호하게 되는 불합리한 상황이 발생한다.²⁵⁶⁾

넷째, 상계설의 논리구성은 상대적효력설에 따를 때 명확히 설명될 수 없다. 상대적효력설에 따르면 취소의 효과는 소송의 당사자, 즉 취소채권자와 수익자 및 전득자 사이에만 미치기 때문에 채무자에게는 사해행위 취소의 효과가 귀속되지 않는다. 그렇기에, 상대적효력설에 따르면, 일출 재산이 취소채권자에게 회복된다고 하더라도 채무자로서는 이에 대한 어떠한 권리도 취득할 수 없고, 그렇기에 상계설이 전제하고 있는 채무자의 수익자에 대한 반환청구권이 인정될 수 없는 것이다. 요컨대, 상계설과 상대적효력설은 양립할 수 없는 원칙인 것으로 판단된다.

이와 같이, 현재 판례가 취하고 있는 상계설은 많은 문제를 내포하고 있고, 이에 따라 이를 극복하기 위해 많은 대안들이 제시되었다. 하지만, 위에서 살펴본 바와 같이 상계설에 따른 해결방식을 제외한 다른 방안들은 입법론으로는 몰라도 해석론으로 받아들이기는 한계가 있다고 본다. 결국, 가액반환금에 대한 분배절차가 명문으로 규정되지 않는 이상 가액반환이 이루어지는 경우 현실적으로 상계설을 취함으로써 취소채권자의

254) 이계정(주 36), 478면.

255) 이계정(주 36), 478면.

256) 이계정(주 36), 469면.

우선변제권을 인정하는 것은 불가피하고, 이에 따라 모든 채권자들이 평등하게 권리를 주장하여 안분액에 따른 배당을 받기는 어려워 보인다. 이런 맥락에서, 판례²⁵⁷⁾도 “가액배상금의 분배절차에 관한 별도의 법률규정을 마련하여 개선하는 것은 별론으로 하고, 현행 채권자취소 관련 규정의 해석상으로는 불가피하다.”라고 하여, 가액반환에 따른 문제를 현실적으로 불가피한 것으로 판단하고 이례적으로 해결을 위한 입법을 촉구한 것이라 생각된다. 요컨대, 상계설 또한 많은 문제를 내포하고는 있지만 현실적인 법제의 미비 상황에서 불가피하게 취소채권자의 우선변제권을 인정할 수밖에 없다고 본다. 하지만, 실정법의 미비로 택한 상계설이 민법에 명문으로 규정되어 보장되고 있는 ‘채권자평등주의’에 정면으로 반한다는 점에서 이에 대한 해결이 반드시 필요함은 자명하다고 본다. 다음 목차에서는, 가액반환이 이루어지는 경우 채권자평등주의가 관철될 수 있는 방안에 대해 살펴보도록 하겠다.

V. 가액반환에서 채권자평등주의 실현 방안

1. 서설

원상회복으로 원물반환이 이루어지는 경우, 취소채권자 뿐만 아니라 일반채권자들은 배당요구를 하는 방법으로 강제집행 절차에 참여해 채권의 만족을 얻을 수 있다. 하지만, 가액반환이 이루어지는 경우 현실적인 분배절차가 마련되지 않는 이상 상계설을 취하여 취소채권자에게 우선적인 만족권을 부여하는 것은 불가피한 것으로 보인다. 이와 같은 상황에서, 가액반환의 경우에도 채권자평등주의를 실현하기 위한 방안으로 일반채권자에게 개별적인 채권적 청구권을 인정할 수 있는지 문제가 된다. 이는, 결국 취소채권자의 일반채권자에 대한 분배의무가 인정될 수 있는지의 문제와 연결된다. 이하에서는, 수익자 겸 채권자와 그 외 일반채권자를 구분하여 살펴보도록 하겠다.

257) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다37837 판결.

2. 수익자 겸 채권자의 안분액분배청구권 및 안분액지급거절권 인정여부

(1) 문제제기

원상회복으로 원물반환이 이루어진 경우, 수익자 겸 채권자의 기존 채권은 부활하고 이후 진행되는 강제집행 절차에서 배당요구를 하여 안분액에 해당하는 채권의 만족을 얻을 수 있음은 앞에서 살펴본 것과 같다. 그렇다면, 가액반환의 경우에도 수익자 겸 채권자가 원물반환에서와 같이 취소채권자에 대하여 자신의 안분액에 대한 권리를 주장하여 안분액 지급청구권이나 거절권을 행사할 수 있는지 문제된다.

(2) 학설

우선 긍정하는 견해²⁵⁸⁾는, 위와 같은 권리를 부정하면, 채무자의 숨어 있는 재산을 가장 먼저 발견하고 채권회수에 노력한 수익자 겸 채권자는 아무런 변제를 받지 못하고 뒤늦게 채권회수에 노력을 기울인 취소채권자에게 모든 이익을 귀속시키게 되므로 형평에 맞지 않아 긍정하여 한다는 입장이다. 다음으로, 부정하는 견해²⁵⁹⁾는 실체법상 근거나 절차규정이 존재하지 않기에 수익자 겸 채권자에게 위와 같은 별도의 권리는 인정할 수 없고, 채무자의 편파행위에 가담한 악의의 수익자에게 그 안분액에 대한 이익을 보존하게 하는 것은 부당하다는 이유로 안분액청구권 및 거절권을 인정하지 않는다.

(3) 판례

258) 이종엽, “가액배상판결의 집행법상 실현”, 「저스티스」 제101호, 한국법학원, 2007, 278면.

259) 이상경, “채권자취소소송에 있어서 원상회복의 방법 및 채권의 만족방법”, 「중앙법학」 1, 중앙법학회, 1999, 97면.

판례²⁶⁰⁾는 “수익자인 채권자로 하여금 안분액의 반환을 거절하도록 하는 것은 자신의 채권에 대하여 변제를 받은 수익자를 보호하고 다른 채권자의 이익을 무시하는 결과가 되어 제도의 취지에 반하게 되므로, 수익자가 채무자의 채권자인 경우 수익자가 가액배상을 할 때에 수익자 자신도 사해행위취소의 효력을 받는 채권자 중의 1인이라는 이유로 취소채권자에 대하여 총채권액 중 자기의 채권에 대한 안분액의 분배를 청구하거나, 수익자가 취소채권자의 원상회복에 대하여 총 채권액 중 자기의 채권에 해당하는 안분액의 배당요구권으로써 원상회복 청구와의 상계를 주장하여 그 안분액의 지급을 거절할 수는 없다.”라고 판시하여 부정설을 취하고 있다.

(4) 검토

가액반환과 관련한 분배절차가 마련되지 않은 상황에서, 수익자 겸 채권자의 안분액분배청구권을 해석상 인정하기는 어려워 보인다. 이에 대해, 이와 같은 분배청구권을 긍정하는 견해는 채권회수를 위해 먼저 노력한 수익자 겸 채권자보다 그 후 채권추심에 나선 취소채권자를 우선하여 전적으로 보호하는 것은 형평에 맞지 않다고 주장하는데, 취소채권자에게 가액배상금에 대한 우선변제권이 인정되더라도 항상 수익자의 모든 이익이 박탈되는 것은 아니다. 일출재산의 총액이 확정된 가액배상액보다 더 많은 경우 가액배상액을 제외한 일출재산의 나머지는 수익자가 보유할 수 있게 된다. 그렇기에, 이와 같은 경우에는 수익자의 이익이 어느 정도 보호될 수 있는 것이다. 요컨대, 취소채권자를 수익자보다 우선하여 보호하는 것은 맞지만, 이는 취소채권자의 채권액만큼만 우선권을 보장해주 것일 뿐 그 나머지에 대해서는 수익자에게 권리가 인정되기 때문에 일출재산에 대한 수익자의 권리가 전적으로 박탈되는 것은 아니다.

아울러, 수익자 겸 채권자의 안분액청구권이 인정될 수 없다는 견해의 결론에는 동의하지만, 본 견해가 “채무자의 편파행위에 가담한 악의의

260) 대법원 2001. 2. 27. 선고 2000다44348 판결.

수익자에게 그 안분액에 대한 이익을 보존하게 하는 것은 부당하다.”라는 논거에는 동의할 수 없다. 앞서도 살펴본 것처럼, 위 판례는 사해행위가 편파행위에 해당하면 본지변제를 제외하고는 원칙적으로 취소될 수 있다는 입장인 바, 무자력 상황의 채무자로부터 채권자가 변제 등을 받는 행위를 엄격한 요건하에 인정하고 있다. 아울러, 이는 수익자의 악의를 추정하는 현 판례와 결합하여 수익자 겸 채권자의 지위를 더욱 불안하게 만들고 있다. 그렇기에, 채권자취소권제도의 취지를 생각해볼 때 이들의 이익을 보호할 수 있는 방안이 어느정도 필요하고, 이는 편파행위가 취소되었을 시 반환되는 목적물에 안분액에 해당하는 배당요구를 하는 방식으로 달성될 수 있다고 생각된다. 수익자 겸 채권자의 보호필요성은 원물반환이 이루어지는 경우뿐만 아니라 가액반환이 이루어지는 경우에도 마찬가지 일 것이다. 결국, 현 가액반환의 분배절차에 대한 법제의 미비로 수익자 겸 채권자의 배당요구권 및 안분액분배청구권이 불가피하게 인정될 수 없을 뿐이지, 이들의 보호필요성이 부정되는 것은 아니라고 생각된다.

아울러, 수익자 겸 채권자의 안분액분배청구권이 인정될 수 없다는 판례의 결론 자체에는 동의하지만, 그 논리과정에는 찬동할 수 없다. 위 판례를 검토해보면, 대법원은 수익자 겸 채권자에게 안분액에 해당하는 권리를 보장하는 것은 다른 채권자들과의 관계에서 채권자평등주의를 침해하기 때문에 인정되어서는 안 된다는 입장이다. 하지만, 위와 같이 채권자평등주의를 위하여 안분액거절권을 부정함에 따라 결국 취소채권자의 우선변제권을 인정하게 되는 결과가 되어 그 논리과정상 모순이 존재한다고 본다. 생각건대, ‘채권자평등주의’를 이유로 수익자 겸 채권자의 안분액거절권을 부인하는 것이 아니라 후술하는 바와 같이, 명문상 분배절차에 미비에 따른 불가피한 것이라 보는 것이 바람직하다고 본다.

3. 일반채권자의 취소채권자에 대한 가액배상금 분배청구권 인정여부

(1) 문제제기

원상회복이 원물반환으로 이루어진 경우, 사해행위 이전에 채무자에 대한 채권을 가지고 있던 일반채권자는 회복된 재산에 대한 강제집행 절차에 참여하여 배당요구 절차를 통해 안분액을 배당받을 수 있다. 하지만, 원물반환이 불가능한 사정 등에 의하여 가액반환이 이루어지는 경우, 가액반환과 관련한 분배절차가 마련되어 있지 않은 현실에서 다른 일반채권자가 취소채권자에게 환원된 가액반환금에 대한 안분액을 청구할 수 있는지가 문제된다.

(2) 학설

일반채권자의 취소채권자에 대한 가액분배청구권을 긍정하는 견해²⁶¹⁾는, 채권자취소권 제도의 취지는 채무자의 책임재산을 유지하여 모든 채권자의 채권을 만족시키기 위함이므로 취소채권자가 수익자로부터 환원받은 가액배상금으로부터 우선적인 만족을 얻는 것은 본 권의 취지 및 민법 제407조에 의한 채권자평등주의 원칙에 반한다는 이유로 위와 같은 청구권을 개별적으로 인정해야 한다는 입장이다. 다음으로, 부정하는 견해²⁶²⁾는 가액배상의 분배절차와 관련하여 민법이나 민사집행법 등 실체법에 규정이 없는 이상 일반채권자의 취소채권자에 대한 가액분배청구권을 인정하면, 분배 또는 배당과 관련하여 채권의 존부, 채권액의 확정, 배당시기나 절차, 금전의 관리방식, 분배 및 배당의 주체 문제 등이 발생하여 혼란이 초래될 것이기에 일반채권자의 가액분배청구권을 부정한다.

(3) 판례

판례²⁶³⁾는 “다른 채권자가 민사집행법 등의 법률상 절차를 거치지 아

261) 이종엽(주 258), 274면.

262) 서경환, “가액배상금을 수령한 사해행위취소채권자의 분배의무”, 「대법원판례해설」 통권 제75호, 법원도서관, 2008, 77면.

263) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다37837 판결.

니하고 취소채권자를 상대로 하여 안분액의 지급을 직접 구할 수 있는 권리를 취득하거나, 취소채권자에게 인도받은 재산 또는 가액배상금에 대한 분배의무가 인정된다고 볼 수 없다.”라고 판시하여 부정설을 취하고 있다.

(4) 검토

일반채권자의 취소채권자에 대한 가액배상금 분배청구권은 현실적으로 인정되어서는 안 된다고 본다. 채권자취소권의 행사를 통한 채권자의 채권만족은 실체법상 분배절차를 거쳐 이루어져야 하지만, 판례가 지적하는 것처럼, 원상회복으로 가액반환이 이루어진 경우 이와 관련한 분배절차가 따로 규정되어 있지 않기 때문에 불가피하게 취소채권자에게 사실상 우선변제권이 인정되고 있다. 하지만, 이와 같은 상황에서 채권자평등주의를 도모하기 위한 방안으로 일반채권자 및 수익자 겸 채권자에게 개별적인 청구권을 인정한다면 채권액 및 배당시기, 절차, 분배방식과 관련하여 현실적인 혼란이 발생할 여지가 크다. 위의 취소채권자에 대한 가액분배청구권을 긍정하는 견해가 주장하는 바와 같이, 가액반환이 이루어지는 경우에도 채권자평등주의가 관철되어야 함은 적극 찬동한다. 하지만, 이러한 목적을 달성하기 위한 방안으로 현재 법제하에서 인정되지도 않는 청구권을 개개의 일반채권자들에게 인정할 수는 없다고 본다. 이와 같이, 법적근거가 불명확한 청구권을 인정하는 것은 그 이익배분을 둘러싸고 심각한 혼란을 초래할 것이기 때문이다. 결론적으로, 가액반환이 이루어지는 경우, 실정법에 근거하지 않은 청구권에 기해 일반채권자 및 수익자 겸 채권자가 취소채권자에 대하여 권리를 주장하는 것은 무리가 있다고 보인다.

VI. 취소범위에 대한 기존 판례의 수정 필요성

1. 문제제기

앞에서 서술한 것처럼, 대법원²⁶⁴⁾은 원상회복으로 가액반환이 이루어지는 경우 취소채권자에게 우선변제권이 인정됨을 전제로 취소채권자의 채권액을 초과하여 가액반환을 구할 수는 없다는 입장이다. 만일, 앞서 제시한 것처럼, 가액반환과 관련한 실정법상 분배절차가 마련되어 원물반환과 같이 집행절차가 이루어진다면 취소범위는 어떻게 산정되어야 하는지가 문제된다.

2. 개선방향

가액반환과 관련하여 실정법상 배당요구 절차가 마련된다면 채무자의 일반채권자도 취소효력을 받아 환원된 목적물에 대해 권리를 주장할 수 있을 것이고, 이에 따라 현재 가액반환이 이루어지는 경우의 취소범위에 대한 판례의 입장 또한 수정되어야 한다고 본다. 즉, 현재 대법원은 가액반환의 경우 취소채권자에게 독점적인 만족이 이루어지기 때문에 구태여 취소채권자의 채권액을 넘어 취소할 필요가 없다고 하지만 분배절차가 마련되어 다른 채권자의 배당가입이 이루어지는 상황임에도 위 취소범위에 대한 조정이 이루어지지 않는다면 취소채권자의 채권보전에 부족함이 생길 수 있다. 그렇기 때문에, 가액반환이 원물반환과 같이 강제집행 절차를 거쳐 집행된다면, 취소범위도 취소채권자의 채권액을 초과하여 취소할 수 있도록 하되 채권자취소권의 목적 달성 범위내로, 즉 채무자가 무자력을 벗어나는 경우를 그 한계로 하여야 할 것이다.

Ⅶ. 민법개정안에 대한 검토 및 소결

민법개정안 제407조의4 (금전 그 밖의 동산에 대한 특례)

- ① 제407조의2에 의하여 금전 그 밖의 동산을 반환하여야 하는 경우에 채권자는 수익자에 대하여 자신에게 반환할 것을 청구할 수

264) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006다1442 판결.

있다.

- ② 채권자가 제1항에 의하여 금전을 수령한 경우에는 채권자취소판결이 확정된 때와 금전을 수령한 때 중 늦은 때부터 3개월이 경과하기 전에는 자기의 채권으로 채무자에 대한 반환채무와 상계하지 못한다.

민사집행법 제248조의2(채권자취소권에 의하여 수령한 금전에 대한 압류 등)

- ① 민법 제407조의4 제1항에 의하여 금전을 수령한 채권자는 자신에 대한 채무자의 반환채권에 관하여 압류명령을 받은 것으로 본다. 그러나 수령한 때에 강제집행 개시의 요건을 갖추지 못한 경우에는 가압류명령을 받은 것으로 본다.
- ② 모든 채권자는 채무자의 제1항에 의한 반환채권에 대하여 채권자취소판결이 확정된 때와 금전을 수령한 때 중 늦은 때부터 3개월이 경과하기 전에는 추심명령이나 전부명령을 신청할 수 없다.
- ③ 다른 채권자가 제2항의 기간이 경과하기 전에 채무자의 반환채권을 압류 또는 가압류하거나 이에 관하여 배당요구를 한 경우에는 채권자는 지체없이 그 금전을 공탁하여야 한다. 이때에는 채권자가 제248조 제2항 또는 제3항에 따른 공탁을 한 것으로 본다.
- ④ 제3항에 따른 공탁이 있는 경우 247조 제1항의 채권자는 같은 항 제1호 또는 제2호에도 불구하고, 위 제2항의 기간이 경과하기 전에는 배당요구를 할 수 있다.

이를 요약하자면 ① 반환재산이 금전 기타 동산인 경우 채권자에게 반환할 수 있도록 함으로써 책임재산의 일탈을 미연에 방지하고(개정안 제407조의4 제1항), ② 일정한 기간 동안 취소채권자의 상계나 취소채권자를 포함한 채권자들의 전부명령이나 추심명령 등을 제한함으로써 특정 채권자가 다른 채권자를 배제하고 우선적인 만족을 얻지 못하도록 하고(개정안 제407조의4 제2항, 민사집행법 개정안 제248조의2 제1, 2항), ③

그 기간 동안에는 채권자들의 압류, 가압류, 배당요구를 자유롭게 허용하고 그와 같은 행위가 있으면 집행 공탁과 그에 따른 배당절차를 통해 민법 제407조에 따른 채권자평등주의를 도모하고(민사집행법 개정안 제248조의2 제3, 4항), ④ 그 기간 동안 다른 채권자의 요구가 없다면 취소채권자의 상계를 허용함으로써 사실상의 우선적인 만족권을 인정하는 것이다. 본 개정안의 궁극적인 취지는, 취소채권자의가 금전을 수령한 후 일정한 기간 동안에는 모든 채권자들이 균등한 이익을 분여받을 수 있도록 보장하되, 다른 채권자의 요구 등이 없으면 취소채권자가 사실상 우선변제를 받을 수 있도록 한 점에 특징이 있다.²⁶⁵⁾

개정안에 대해서는, 다른 채권자의 압류 등이 없이 위 기간이 지나간 경우에는 상계가 허용되어 결국 취소채권자의 우선변제권이 인정되므로 채권자평등주의 위반이라는 가액배상의 문제점을 완전히 극복하였다고 보기 어렵다는 비판이 제기된다.²⁶⁶⁾ 하지만, 어떤 제도에서도 채권자평등주의가 무한정 보호될 수는 없다. 평등원칙의 적용을 받는 채권자의 인적범위가 제한될 수밖에 없기 때문이다. 예컨대, 채권자평등주의 원칙이 파생된 일반적인 강제집행 절차와 관련하여 민사집행법은, 배당요구의 종기인 첫 매각기일까지 배당요구를 한 채권자만이 강제집행에 참여할 수 있고 이들만이 결국 ‘평등원칙의 적용을 받는 채권자’가 될 수 있다고 규정한다.²⁶⁷⁾ 마찬가지로, 채권자취소권에서도 결국 채권자평등주의의 적용을 받는 채권자는 제한될 수밖에 없기에 위 민법개정안은 일정기간 동안 취소채권자의 상계를 제한함으로써 취소효력을 받는 인적범위를 확정하려고 한 바, 이를 두고 위 개정안이 근원적인 해결책이 아니라고 비판할 수는 없다고 생각된다. 채권자평등주의는 결국 일정선에서 제한될 수밖에 없는 것이고 위 개정안은 ‘시기의 제한’을 둌으로써 그 범위를 확정하려고 한 바, 채권자평등주의를 충분히 보장하기에 그 기한이 지나치게 짧다는 비판은 별론으로 하고, 기한의 제한을 둔 것 자체를 근원적인 해결책이 아니라고 단정할 수는 없다고 본다. 그렇기에, 민법개정안이 위와

265) 윤진수/권영준(주 2), 537면.

266) 김송(주 35), 166면.

267) 김경욱(주 93), 115면.

같이 일정한 기간 동안 취소채권자의 상계를 금지함으로써 그 기간 동안 채권자평등주의를 보장하고자 한 입법방향은 바람직하다고 보고 가액반환과 관련한 문제점을 해결할 수 있는 하나의 방안이 될 수 있다고 본다.

아울러, 다른 채권자의 개별적인 청구권을 인정하자는 방안과 관련해서는, 앞서 서술하였듯이, 분배절차에 대한 명시적인 규정을 두지 않은 상황에서 다른 채권자의 분배청구권을 인정하면 그 분배 또는 배당을 요구하는 채권의 존부나 채권액의 확정문제, 배당시기나 절차의 문제, 금전의 관리방식, 분배 및 배당의 주체 등을 둘러싸고 혼란이 초래될 수 있기 때문에 위와 같은 청구권을 인정하기는 어렵다고 본다.

생각건대, 가액반환에 따른 문제점을 해결하기 위한 가장 바람직한 해결책은 가액반환과 관련한 실체법상 분배절차를 마련함으로써 일반 채권자들이 강제집행 절차에서 배당요구를 하여 안분액에 따라 평등하게 채권만족을 얻을 수 있도록 하는 것이 가장 바람직하다고 본다. 위 민법개정안과 같은 방식도 생각할 수 있겠지만 가액반환은 원상회복의 한 방식으로 원물반환과 본질적으로 동일하게 취급되어야 한다는 점을 고려할 때 가액반환 자체의 분배절차를 실정법에 명시하고 이에 따라 집행이 이루어지는 것이 바람직하다고 본다. 물론, 가액반환과 관련한 분배절차가 마련되어 다른 채권자의 배당요구가 가능하게 되면, 취소채권자를 제외하고 가장 먼저 배당요구를 하게 될 채권자는 채권자취소송의 당사자인 수익자 겸 채권자일 것이다. 결국, 취소채권자와 수익자 겸 채권자를 제외한 다른 채권자가 배당요구를 하지 않는 한 채권자취소권의 행사결과가 양자의 이익을 보장하는데 그치게 될 수도 있다, 하지만, 이는 가액반환에 국한된 문제가 아니라 채권자취소소송에 따른 강제집행 자체에 내재된 문제로, 모든 채권자의 이익이 ‘강제집행 절차’를 통해 배분되고 보장되는 한 불가피한 것이라 본다. 이와 같은 채권자취소권 제도 자체의 불가피성을 감안할 때, 가액반환에서도 원물반환에서와 같이 다른 채권자의 배당요구가 실정법상 보장되어 강제집행에의 참여의 기회를 부여받도록 하는 것이 채권자평등주의를 최대한 보장할 수 있는 방안이고 민

법 제407조의 취지에 가장 부합하다고 본다. 아울러, 가액반환과 관련한 분배절차가 마련된다면, 취소범위에 대한 판례도 변경되어야 한다고 본다. 현재 판례는 가액반환의 경우 취소채권자에게 사실상의 우선변제권이 인정됨을 전제로 하여 취소범위를 취소채권자의 채권액으로 제한하고 있는데, 가액반환과 관련한 분배절차가 마련되어 가액반환의 경우에도 원물반환과 같이 다른 채권자의 배당요구가 인정된다면 취소범위도 원칙적으로 취소채권자의 채권액을 초과하여 산정되어야 할 것이다. 가액반환과 관련한 분배절차가 마련되어 채권자들 간 평등이 도모된다고 하더라도, 앞서 살펴보았던 채권자평등주의의 적용상 한계, 즉 취소효력을 받는 인적범위, 취소범위, 편파행위 취급에서의 한계가 그대로 적용되어야 할 것이다.

제 6 장 결론

채권자취소권이 행사되는 상황은 부인권이 행사되는 상황과는 다르다. 채권자취소권은 도산절차가 전제되지 않은 상황에서 채무자와 수익자 간 유효한 법률행위를 취소채권자의 일방적인 선택에 의해 사후적으로 취소시킬 수 있게 하는 강력한 권능으로, 본 권의 행사로써 채무자의 재산처분의 자유와 거래의 안전, 수익자의 기대이익은 침해될 수밖에 없다. 그럼에도 민법이 ‘채권자취소권’을 명문으로 규정하여 보장하고 있는 이유는 채무자가 무자력 상황에서 사해행위를 한 것에 대하여 취소채권자의 채권을 보호하기 위함이다. 즉, 무자력 상황에 직면한 채무자의 법률행위의 자유 내지는 재산처분의 자유보다는 취소채권자의 채권추심에 대한 기대이익을 더 보호하고자 하는 이념을 반영한 것이라 생각된다. 하지만, 채권자취소권이 채무자 및 수익자의 이익보다 취소채권자의 이익을 더 우선시한다고 하더라도, 전자에 대한 고려가 무한정 배제될 수는 없다. 채권자취소권은 집단적인 청산절차가 전제되지도 않은 상황에서 개인 채권자에 의해 행사되는 예외적인 권리이기 때문이다. 민법도 이를 고려하

여 본 권의 행사는 오직 재판상으로만 행사할 수 있도록 하여 엄격한 요건 하에 인정하고 있고, 판례 또한 취소권 행사의 목적달성 범위내로 그 효력을 제한하고자 ‘상대적효력설’을 취하고 있다. 이와 같이, 우리 법제는 채권자취소권 행사에 따라 침해되는 가치들에 대한 일정 부분 보호를 전제로 하고 있고, 이에 따라 취소권 행사의 범위를 목적 달성 범위내로 최소화하고자 한다. 하지만 주목할 점은, 우리 채권자취소권에서 ‘행사목적’의 의미는 독일이나 프랑스와 같은 서구법제에서의 그것보다 확대되어 있다는 것이다. 이는 독일 및 프랑스에서 채권자취소권의 효력은 취소채권자에게만 독점적으로 귀속되는 바, 취소채권자우선주의를 취하고 있지만, 우리나라는 민법 제407조에서 명문으로 채권자취소권 행사의 효력이 취소채권자 뿐만 아니라 채무자의 일반 채권자들에게도 균등하게 미친다고 하여 ‘채권자평등주의’를 취하고 있는 데에 기인한다. 즉, 우리 법제는 채권자취소권 행사의 목적 범위내로 그 효력을 최소화하면서도 그 ‘목적’의 의미를 서구 법제에서의 채권자취소권의 목적보다 확장하여 취소채권자뿐만 아니라 일반채권의 채권만족도 염두에 두고 있는 것이다.

채권자취소권에서 채권자평등주의는 민법에 명문으로 규정되어 보장되고 있고, 부인권과의 이론적인 정합성을 높인다는 측면에서 최대한 보장되어야 할 것이다. 하지만, 양 권리는 도산절차를 전제로 하는지 여부, 행사하는 주체에 따라 근본적인 차이가 있기 때문에 완전히 동일하게 취급될 수는 없고, 결국 채권자취소권에서는 부인권에서만만큼 채권자평등주의가 철저하게 관철될 수는 없다. 이를 채권자취소권의 일반적 효력범위에 적용해보면, 채무자에게 채권을 가지고 있는 채권자라 하더라도 그 채권이 사해행위 이후 발생한 것이라면 민법 제407조에 따른 ‘모든’ 채권자에 포함될 수 없으며 채권자가 아니었던 수익자도 취소 후 담보추급청구권이나 부당이득청구권에 기해 원상회복된 책임재산에 대한 강제집행절차에서 배당요구를 하지 못한다고 봄이 타당하다고 생각된다. 아울러, 취소범위를 산정할 시에도 이와 같은 채권자들의 채권액은 배제되어야 할 것이다. 나아가, 채권자취소권에서 채권자평등주의가 무제한적으로 관

철폐될 수는 없다는 관점에서 편파행위 중 본지변제는 원칙적으로 취소대상이라고 보는 것이 바람직할 것이다. 하지만, 본지변제라 하더라도 취소채권자의 이익을 지나치게 침해하는 법률행위라면 채권자취소권 제도의 취지상 취소할 수 있다고 보아야 할 것이다. 이와 관련해 판례는 ‘통모’가 있을 시 취소할 수 있다고 보고 있지만, 문언상 ‘수익자의 악의적 유도’라는 문구로 바꾸어 표현하는 것이 채무자 및 수익자들에게 명확한 행동지침을 줄 수 있다는 측면에서 바람직하다고 본다. 아울러, 가액반환의 경우 실정법상 분배절차를 마련하여 원물반환에서와 같이 채권자평등주의가 관철되는 방향으로 개선되어야 할 것이다. 하지만, 이 경우에도 채권자평등주의의 적용상 한계, 즉 취소효력을 받는 인적범위, 취소범위, 편파행위 취급에서의 한계가 그대로 적용되어야 할 것이다.

참 고 문 헌

1. 단행본

- 김대정, 채권총론(개정판), 피데스, 2007.
- 편집대표 김용담, 주식민법[채권총칙(2)](제4판), 한국사법행정학회, 2010.
- 김준호, 민법강의(제24판), 법문사, 2018.
- 편집대표 김증한, (주식)채권총칙(上), 한국사법행정학회, 1984.
- 김증한/김학동, 채권총론(제6판), 박영사, 1998.
- 곽윤직, 채권총론[민법강의 Ⅲ](제6판), 박영사, 2014.
- 편집대표 곽윤직, 민법주해[IX] 채권(2), 박영사, 2001.
- 송덕수, 신민법강의(제8판), 박영사, 2015.
- 오시영, 채권총칙, 학현사, 2009.
- 이순동, 채권자취소권(제3판), 육법사, 2017.
- 이은영, 채권총론(개정판), 박영사, 1999.

2. 논문

- 김경옥, “민사집행에 있어서 압류채권자에 한 평등주의와 우선주의”, 「민사집행법연구」 제8권, 한국사법행정학회, 2012.
- 김능환, “채권자취소권의 행사방법 : 부동산이 전전양도된 경우를 중심으로”, 「민사재판의 제문제」 제6권, 한국사법행정학회, 1991.
- 김문관, “기존 금전채무의 변제에 갈음하여 다른 금전채권을 양도한 경우 원칙적으로 사해성을 부정한 종전 법리에 대한 변명,” 「판례연구」 제24집, 2012.
- 김미리, “사해행위의 판단 기준과 대물변제의 사해성 판단”, 「대법원 판례해설」 제85호, 법원도서관, 2010.
- 김송, “채권자평등주의에서 본 채권자취소권의 개정안에 대한 고찰 -

- 가액배상을 중심으로”, 「법학연구」 20(1), 인하대학교 법학연구소, 2017.
- 김영주, “부인권의 본질 및 행사에 관한 몇 가지 쟁점 - 채권자취소권과의 이론적 정합성을 생각하며 -”, 「법학논고」 제57집, 경북대학교 법학연구소, 2017.
- 김영주, “독일의 채권자취소법과 채권자취소소송”, 「비교사법」 제24권 제4호, 한국비교사법학회, 2017.
- 김재형, “채권자취소권의 본질과 효과에 관한 연구”, 「인권과 정의」 제329호, 대한변호사협회, 2004.
- 김재형, “채권자취소권에 관한 민법개정안 - 개정안에 관한 기본구상과 민법개정위원회의 논의과정을 중심으로”, 「민사법학」 제68호, 한국민사법학회, 2014.
- 김창희, “사해행위취소판결의 효력이 미치는 범위 - 수익자의 고유채권자에 대한 효력을 중심으로”, 「법조」 제679권, 2013.
- 김홍규, “채권자취소권의 행사의 효과”, 김기선 고회기념 현대재산법의제문제, 1987.
- 김형석, 민법개정안에 대한 단상 - 2014년 법무부 민법 개정시안 물권편을 소재로 -, 「민사법학」 제85호, 한국민사법학회, 2018.
- 권영준, 등기의 공신력 - 1957년, 그리고 2011년 -, 「법조」 제60권 10호, 법조협회, 2011.
- 민일영, “독일의 채권자취소제도”, 「재판자료」 제48권, 법원도서관 1989.
- 서경환, “가액배상금을 수령한 사해행위취소채권자의 분배의무”, 「대법원판례해설」 통권 제75호, 법원도서관, 2008.
- 서인겸, “채권자취소권에서 채권자인 수익자의 보호에 관한 고찰”, 「법조」 제59권 제2호, 2010.
- 손홍수, “사해행위취소소송의 수익자(채무자로부터 부동산을 매수한 자)가 민법 제407조의 모든 채권자에 포함되는지 : 서울고등법원 2011. 3. 29. 선고 2010나107578판결, 「민사집행법연구」 I, 진원사,

- 2012.
- 손현찬, “수 개의 사해행위취소소송이 중첩된 경우의 법률관계”, 「재판과 판례」 제15집, 대구판례연구회, 2007.
- 양형우, “채권자취소권에 관한 민법개정안의 검토”, 「민사법학」 제69호, 한국민사법학회, 2014.
- 양형우, “채권자취소권과 부인권의 관계”, 「비교사법」 제21권 2호, 2014.
- 오영준, “사해행위취소권과 채권자평등주의”, 「사법논집」 32집, 법원도서관, 2001.
- 오영준, “사해행위취소의 효력이 미치는 채권자의 범위”, 「민사판례연구」 제26권, 박영사, 2004.
- 윤병철, “채권자취소소송에서 가액배상의 상대방”, 「경기법조」 제16호, 수원지방변호사회, 2009.
- 윤진수/권영준, “채권자취소권에 관한 민법 개정안 연구”, 「민사법학」 제66호, 한국민사법학회, 2014.
- 이계정, “민법 제407조(채권자평등주의)의 법률관계에 관한 연구”, 「사법논집」 제47집, 법원도서관, 2008.
- 이상경, “채권자취소소송에 있어서 원상회복의 방법 및 채권의 만족방법”, 「중앙법학」 1, 중앙법학회, 1999.
- 이우재, “사해행위취소의 효력과 배당절차에서의 취급 - 사해행위취소의 효력을 받는 모든 채권자의 범위와 관련된 문제 -”, 「재판자료」 제117집 : 민사집행법실무연구Ⅱ, 법원도서관, 2009.
- 이종엽, “가액배상판결의 집행법상 실현”, 「저스티스」 통권 제101호, 한국법학원, 2007.
- 이진수, “가액배상을 구하는 사해행위취소소송에서 원물반환을 명할 수 있는지 여부”, 「판례연구」 제21집, 부산판례연구회, 2010.
- 이재열, “채권자취소권의 요건에 대한 재해석”, 「민사법학」 제41호, 한국민사법학회, 2008.
- 임소연, “사해행위취소의 상대적 효력과 민법 제407조에 관한 연구”,

- 「법학연구」 제21권, 인하대학교 법학연구소, 2018.
- 임일혁, “사해행위취소에 따른 원상회복으로서의 원물반환과 가액배상과의 관계”, 「재판과 판례」 제17집, 대구판례연구회, 2008.
- 임채웅, “사해행위와 편파행위에 관한 연구”, 「저스티스」 통권 제94호, 2006.
- 전원열, “채권자취소권의 효력론 비판 및 개선방안”, 「저스티스」 통권 제163호, 한국법학원, 2017.
- 연구책임자 전원열, “사해행위취소 및 부인권제도에 관한 개선방안 연구”, 대법원 연구보고서, 2017.
- 전원열, ‘사해행위취소 후 복귀한 재산에 대한 채무자의 처분권 - 대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다217980 판결-’, 「최신판례분석」 66권 6호, 법조협회, 2017.
- 정다영, “프랑스 민법상 채권자취소권제도”, 「민사법학」 제67호, 한국민사법학회, 2014.
- 정다영, “채권자취소권 행사의 효과에 관한 연구 - 대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다217980 판결을 중심으로-”, 「최신판례분석」 66권 6호, 법조협회, 2017.
- 조영철, “채권자취소권에 있어서의 피보전채권의 성립시기, 대상판례 : 대판 1996.2.9. 95다 14503”, 「재판실무연구」 1권, 1996.
- 주선아, “일부 채권자에게 기존채무의 이행과 관련하여 다른 채권을 양도하는 경우의 사해성 판단”, 「민사판례연구」 제35권, 박영사, 2013.
- 지원림, “사해해위취소에 따른 원상회복의 방법 - 원물반환과 가액상환의 관계를 중심으로”, 「안암법학」 25호 하, 안암법학회, 2007.
- 추신영, “채권자취소소송에 있어서 원물반환과 가액배상”, 「토지법학」 제27-2호, 2011.
- 추신영, “사해행위취소에 있어서 취소채권자와 수익자의 고유채권자 사이의 법률관계”, 「동아법학」 제52호, 2011.
- 최준규, “물적담보 제공행위의 사해성 판단 기준”, 「법학논총」 제33집

제4호, 한양대학교 법학연구소, 2016.

한국현, “채권자취소권의 법적 성질”, 『민사법연구』 제12권 제2호, 대한민사법학회, 2004.

한삼인·김상현, “채권자취소권의 요건에 관한 비판적 고찰”, 『동아법학』 제56호, 2012.

Abstract

A Study on the Article 407 of
the Civil Act (Creditor
Equalitarianism in the Creditor's
Right of Revocation)
– Focused on its application
and limitations –

Lee Hae Chan

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

The creditor's right of revocation is the right to recover the property of which was secretly disposed to the debtor by canceling

the fraudulent act of the insolvent debtor. The effect of this right is explained by the relative effect theory which is recognized by the precedent and the “creditor equalitarianism” prescribed in the Article 407 of the Civil Act. The relative effect theory is the principle of effect that the effect of revocation is limited to litigation parties, namely, the revocation creditor and the beneficiary. It is the principle that the creditor should be granted priority and the revocation effect should not be extended to a third party, and it was used under the western theory of creditor’s right of revocation, which does not need to be extended to third parties. However, we need to examine the relationship between these two theories of effect since the Civil Act stipulates “creditor equalitarianism,” which does not grant priority to the revocation creditor, while embracing “the relative effect theory.” Moreover, under the premise that the two principles can be harmonized, the real meaning of creditor equalitarianism, its scope of application and its limitations shall be discussed.

In order to discuss the main theme of this paper, “the application scope and limitations of creditor equalitarianism in the creditor’s right of revocation,” “the right to deny” shall be discussed first. The creditor’s right of revocation and the right to deny, which is stipulated in the “Debtor Rehabilitation and Bankruptcy Act,” are the chargeable property preservation system recognized under the positive law. First of all, the right to deny is a right to be exercised by the custodians or trustees in bankruptcy in the rehabilitation and bankruptcy procedures. Since it focuses on the fair treatment of parties interested, the creditor equalitarianism is thoroughly accomplished. Then, it is doubtful to what degree creditor equalitarianism shall be exercised in the creditor’ right of revocation. The issue is the starting point of this paper. In conclusion, there is a

clear limitation on the application of the principle of the creditor equalitarianism to the creditor's right of revocation because the creditor's right of revocation and the right to deny are distinctly different systems. In essence, the right to deny not only aims to secure joint security in the bankruptcy procedure but also to realize a fair distribution of it. However, the creditor's right of revocation does not need to be exercised in the bankruptcy procedure, and it is exercised by an individual, the revocation creditor. In other words, the creditor's right of revocation is an exceptional right that restricts the freedom of disposition of the debtor. Even if the creditor equalitarianism is guaranteed under the Article 407 of the Civil Act, the freedom of disposition of the debtor cannot be limited indefinitely before the bankruptcy procedure is initiated. In the end, even if the creditor equalitarianism shall be applied in the exercise of the creditor's right of revocation as it is with the right to deny, there is a clear limit to application of the principle in terms of the creditor's right of revocation due to the fundamental difference between the systems. This paper discusses the application of creditor equalitarianism and its limitations in examining the general scope of the creditor's right of revocation and the concrete case of violation of creditor equalitarianism.

First, the general effect scope of the creditor's right of revocation was divided into "the human range affected by the revocation" and "the scope of revocation." The Article 407 of the Civil Act stipulates that "the revocation and restitution of its original status shall take effect for the benefit of all obligees," and the human range affected by the revocation is comprehensively stated as "all creditors." However, since creditor equalitarianism cannot be fully applied to the creditor's right of revocation as it does in the right to deny, not "all"

of creditors who have claims to the actual debtor will be able to participate in the enforcement of the property of which was secretly disposed under the effect of the revocation. Specifically, this paper classifies creditors having claims to a debtor into people have been creditors before the fraudulent act occurred, people who became creditors after the fraudulent act occurred, creditors who are beneficiaries, and beneficiaries who are not creditors, and examines whether they could participate in the compulsory execution on the secretly disposed property under the effect of revocation. In conclusion, a person who became a creditor “after” the fraudulent act occurred did not have a claim at the time of the fraudulent transfer, and he cannot be deemed to have suffered damages as a result of the legal action of the debtor. If the scope of revocation is expanded to include such a creditor to participate in the compulsory execution proceedings and demand dividends, the interest of beneficiaries may be excessively harmed. Therefore, this paper concluded that he should be excluded from the creditors under the effect of revocation. In addition, a beneficiary who is not a creditor can still retain the chargeable property except for the amount of return and retain the surplus after the compulsory execution. Therefore, it is not unreasonable in terms of protection of the beneficiary even if the beneficiary who is not a creditor is considered not available of participating in compulsory execution of the return property. In short, the limits of creditor equalitarianism is in the exclusion of creditor “after” the fraudulent act and the beneficiary who is not a creditor.

In addition, with respect to the scope of revocation, the precedent is that the revocation scope is limited to the amount of claim of the revocation creditor, and the amount of revocation can exceed the amount of claim of the revocation creditor in exceptional cases.

However, creditor equalitarianism should be applied in principle to the creditor's right of revocation. Hence, if the existence of other creditors is proved, the revocation creditor should be considered that he can basically revoke the fraudulent transfer exceeding the amount of his own claim. Nonetheless, the creditor equalitarianism cannot be limitlessly applied in terms of the scope of revocation. In calculation of the scope of revocation, the amount of claim of such creditors shall be excluded as if the creditor after the fraudulent act and the beneficiary who is not a creditor was excluded from the human range of creditor equalitarianism. In addition, the scope of revocation may be limited due to the limitation of the exercise of the creditor's right of revocation itself, and the scope should be limited to the extent of accomplishment of revocation purpose, that is, the extent that the debtor gets out of the state of insolvency. Also, the scope of revocation should be calculated within the range of assets that the creditors, who have claims to the debtor at the time of the fraudulent transfer, identified as joint security.

And this paper looked at the specific cases that infringe on creditor equalitarianism, by separating the "preference" and "the recognition of de facto priority of other revocation creditors in the return of value." First, in relation to the "preference," the creditor equalitarianism is thoroughly applied as reimbursement can be denied regardless of liability of reimbursement if the act corresponds to preference. The creditor's right of revocation and the right to deny shall be operated in order to enhance the coherence. Therefore, the creditor equalitarianism should be basically fully applied in relation to the handling of preference in the creditor's right of revocation. Hence, the act of preference should be basically revoked. However, since there is a fundamental difference between the two, depending on

whether or not they are subject to the bankruptcy procedure, the creditor equalitarianism cannot be fully applied to the execution of the creditor's right of revocation as much as it does to the right to deny. Therefore, in the handling of preference, both rights should be different, and this paper explained that the difference appears in handling of "the reimbursement with liability."

In a case of the return of the equivalent value due to restitution of original status, the precedent inevitably takes the theory of setoff and gives priority to the revocation creditor since there is no distribution procedure in the positive law. However, it is problematic because it is contrary to the creditor equalitarianism stipulated in the law. There is no reason to discriminate the return of the original and the return of the equivalent value since they are just one of methods to reconstitute the original status. The return of equivalent value is only a method to reconstitute the original status when the return of the original is impossible or remarkably difficult, and the interest of general creditors who were not involved in the return of equivalent value cannot be infringed. But it seems inevitable to recognize priority of revocation creditor by taking the theory of setoff in a reality that there is no distribution procedure regarding the return of equivalent value. It is because there would be chaos if a claim of distribution of individual creditors is recognized when there is no procedure of distribution. Therefore, the ultimate solution is to establish the distribution procedure related to the return of equivalent value in the positive law, so that the requirement of dividend by the general creditor should be recognized and the system is operated in such a way that creditor equalitarianism is ensured like the return of original. In addition, the precedent restricts the scope of revocation to the amount of the revocation creditor's claim if the equivalent value

is returned. If the distribution procedure is provided so that the participation of the general creditor is guaranteed, the revocation scope should be calculated to exceed the amount of the creditor's claim. In addition, even if the procedures related to the return of equivalent value are improved to fully apply creditor equalitarianism, the limitation of the applicability of creditor equalitarianism which is applied to the return of the original, that is, the limitations according to the general effect scope of the creditor's right of revocation, handling of preference, etc., should be intactly applied.

In sum, the Article 407 of the Civil Act explicitly guarantees creditor equalitarianism, and in order to maximize the coherence of the creditor's right of revocation and the right to deny, the creditor equalitarianism should be exercised as much as possible in terms of the creditor's right of revocation. However, the two rights can not be treated exactly the same because they are distinctly different rights. Therefore, even if creditor equalitarianism is applied in the creditor's right of revocation, it can not be carried out as thoroughly as in the case of the right to deny. This paper examines the application and limitations of creditor equalitarianism in the creditor's right of revocation through the general effect range of the creditor's right of revocation and infringement of creditor equalitarianism.

keywords : Creditor's Right of Revocation, Creditor Equalitarianism,
Relative Effect, Restitution of its Original Status,
Monetary Compensation, Preference

Student Number : 2017-22331